



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학박사 학위논문

배임죄에서 임무위배행위에 관한 연구

- 회사와 이사의 관계를 중심으로 -

2020년 1월

서울대학교 대학원

법학과 형사법전공

이 상 훈

배임죄에서 임무위배행위에 관한 연구

- 회사와 이사의 관계를 중심으로 -

지도교수 이 상 원

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함

2019년 10월

서울대학교 대학원

법학과 형사법전공

이 상 훈

이상훈의 박사학위논문을 인준함

2020년 1월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

위 원 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

배임죄의 임무위배행위에 대한 우리 판례를 살펴보면 임무위배행위를 판단하는 일관된 판단기준을 찾기가 쉽지 않다. 이것은 배임죄의 주체성이 문제되지 않는, 따라서 임무위배행위 본연의 판단에 집중할 수 있는 이사의 임무위배행위로 논의를 한정하더라도 크게 다르지 않다.

일차적 원인은 우리 배임죄 규정이 임무위배성을 판단할 수 있는 기준을 제시하고 있지 않은 점에 있을 수 있다. 그러나 이러한 규정의 포괄성에 모든 문제를 전가하려는 태도에는 동의하기 어렵다. 배임적 행위를 처벌하는 주요 각국의 규정들은 객관적 구성요건인 행위정형에서 비교적 높은 수준의 포괄성을 노정하며, 이러한 포괄성은 다양한 배임적 행위의 사안을 포섭하기 위해서 각국의 입법자가 의도한 것이기 때문이다.

배임죄의 남용위험성은 경계되어야 하겠지만, 그 위험성에 불구하고 배임적 행위를 처벌하는 주요 각국의 규정들이 고도의 포괄성을 띠는 것은, 남용의 위험성을 능가하는 강한 현실적 필요가 있기 때문일 것이다. 무엇보다도 이러한 필요는 자본주의가 창궐하는 오늘날의 사회현실 및 경제주체간 신임관계가 경제활동의 필수적 수단이 된 점에서 기인하는 것으로 생각된다. 그런 점에서 배임죄는 자본주의적 경제활동에서 이제 필수불가결한 수단인 경제주체간의 신뢰를 유지하는, 경제영역에서의 ‘핵심적인 경제범죄’이다.

그렇다면 남은 것은 이러한 포괄적 행위정형을 구체화하여 수범자의 예측가능성을 확보하는, 법원에 의한 구체적인 법률해석의 축적이다. 그런데 임무위배행위와 배임의 고의판단을 결합시키거나 또는 배임의 고의만으로 사실상 배임죄의 성부를 결정짓는 대법원의 모호한 판결을 볼 때 법원이 본연의 기능을 수행하고 있는가는 극히 의문이다. 행위정형으로서 가벌성의 한계를 확정하여 국민의 자유를 보장하는 구성요건 고유의 기능에 충실하기 위해서, 법원은 어렵더라도 적극적으로 임무위배행위에 대한 구체적 기준을 제시하여 판례를 축적하여 가야 할 것이다. 그것은 우리 배임죄 규정에 대한 정확한 이해로부터 출발하여야 한다.

우리 배임죄는 다른 나라의 배임죄와 달리 이익취득을 객관적 요건으로 규정하며, 횡령죄와 본질이 동일한 이득범죄이다. 이것은 명문규정 및 입법연혁으로부터 명백히 확인된다. 따라서 우리 배임죄에 있어서는 다른 나라와 달리 이익취득의 결과가 고려되어야 하며, 이것은 행위정형인 임무위배행위가 그러한 결과를 발생할 수 있는 행위이어야 함을 의미한다. 요컨대 우리 배임죄의 행위정형은 “임무에 위배한 이익취득행위”이다. 이것은 ‘이익취득행위’, 즉 횡령죄의 영득행위에 대응될 수 있는 의미의 이득행위와, 이것을 수식하는 ‘임무위배’의 두 부분으로 구분될 수 있다.

이익취득행위 여부를 판단함에 있어서는 행위의 객관적 성격이 가장 중요하게 고려되어야 한다. 객관적으로 이익을 취득할 수 없는 행위는 여기에서 배제된다. 한편 제3자에게 이익을 취득하게 하는 행위에서는 행위자와 제3자의 일정한 이해관계가 중요하게 고려되어야 한다. 프랑스의 회사재산남용죄는 이런 점에서 유용한 참고가 될 수 있다. 이익취득의 의사가 고려될 수 있지만 그것은 가급적 최소한에 그쳐야 한다. 또한 우리 배임죄는 손해발생의 결과도 요건으로 규정하므로, 이익취득행위는 동시에 본인에게 손해를 발생할 수 있는 위험성이 있어야 하며, 행위 시점에 이런 위험성이 인정되지 않는 행위는 배임죄의 임무위배행위에서 배제된다.

한편 임무위배 여부를 판단함에 있어서는 개별적인 신임관계의 내용이 가장 중요하게 고려된다. 배임죄에서 말하는 임무는 기본적으로 본인에 대한 것이기 때문이다. 결국 신임관계 판단의 핵심은 본인의 의사에 대한 고려에 있다. 자연인이 아닌 회사는 직접 의사를 표현할 수 없으므로 객관적으로 추정적 의사가 탐구되어야 한다. 다만 본인의 의사의 고려는 행위자가 반드시 본인이 행위자에게 기대하는 ‘특정한’ 행위를 하여야 함을 의미하지 않는다. 형사처벌은 보충적 수단으로 고려되어야 하므로, 배임죄에 의한 처벌은 행위자의 행위가 본인이 용인할 수 있는 일정한 범위의 한계를 벗어난 때에 부과되어야 한다. 이런 의미에서 독일에서 배임구성요건인 의무위반의 판단기준으로 주장된바 있는 ‘본인에 의한 용인가능성’ 기준이 우리 배임죄에서 임무위배 판단에도 유용할 것으로

본다. 또한 본인에 의한 용인가능성이 내용에 의해서 불분명한 때에는 손해발생의 위험을 감소하기 위한 절차로서 가능하고 필요한 범위에서의 정보수집, 합리성이 인정되는 조사분석 및 평가, 반영 등의 절차를 거쳐야 할 것이다. 본문에서는 이사의 임무위배행위가 문제된 몇 가지 사례를 통해서 이를 확인하여 보았다.

이러한 판단기준은, 이른바 ‘경영판단의 원칙’과 관련하여 논의되는 이사의 경영상 행위에 대한 과도한 배임죄 적용의 방지도 기여할 수 있다. 우선 임무위배행위는 ‘이익취득행위’이어야 하므로, 이사가 자신 또는 이해관계있는 제3자의 이익을 추구하는 행위라고 볼 수 없는, 행위 시점에서 미래를 향한 위험예측적 결정은 임무위배행위에서 배제될 수 있다. 이것은 경영판단에 대한 사법심사 배제가 정당화되는 가장 전형적인 영역이기도 하다.

또한 임무위배행위는 회사로부터 용인될 수 없는 행위이어야 하는데, 판례가 경영판단에서 배임죄의 고의를 제한하여야 하는 사례로 설시하는, 경영자가 사익추구 없이, 선의로, 수집가능한 정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치됨을 신뢰하면서 신중하게 내린 결정은 처음부터 회사로부터 용인될 수 있는 행위인 점에서 임무위배행위에서 배제될 수 있다. 결국 업무상배임죄의 특별한 판단기준으로서의 경영판단원칙의 도입은 필요하지 않다고 할 것이다.

주요어 : 임무위배 행위, 배임죄, 이득행위, 용인가능성, 경영판단

학 번 : 2015-31089

목 차

제1장 서 론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위 및 방법	2
제2장 배임죄에 관한 비교법적·연혁적 고찰	3
제1절 프랑스의 신뢰침해죄 및 회사재산남용죄	3
제1항 서 설	3
제2항 신뢰침해죄의 형성과정	4
Ⅰ. 구형법상 신뢰침해죄의 형성	4
Ⅱ. 1994년 신형법의 신뢰침해죄	12
제3항 회사재산남용죄의 형성과정	15
Ⅰ. 구형법상 신뢰침해죄의 문제점	15
Ⅱ. 회사재산남용죄의 성립	17
제4항 회사재산남용죄의 해석론	19
Ⅰ. 서설	20
Ⅱ. 객관적 요건	21
Ⅲ. 주관적 요건	29
Ⅳ. 피해자인 본인의 동의	30
제5항 검 토	31
제2절 독일의 배임죄	32
제1항 서 설	32
제2항 배임죄의 형성과정	34
Ⅰ. 배임죄의 입법	34
Ⅱ. 특별배임죄의 입법 및 폐지	36

제3항 배임죄의 해석론	37
I. 구조 및 주체	37
II. 배임의 고의	39
제4항 의무위반행위	40
I. 구성요건적 행위	40
II. 의무위반의 판단	41
III. 본인의 용인가능성	44
IV. 모험거래의 의무위반 판단기준	47
V. 정보수집 및 조사분석 등 절차	48
VI. 동의의 효력	50
VII. 이사의 의무위반이 문제된 사례	51
제5항 검 토	55
 제3절 일본의 배임죄 및 특별배임죄	56
제1항 서 설	56
제2항 배임죄 및 특별배임죄의 형성과정	58
I. 배임죄의 형성과정	58
II. 특별배임죄의 형성과정	65
제3항 배임죄에 관한 학설과 판례	71
I. 배임죄의 본질과 요건	71
II. 임무위배행위	75
제4항 검 토	85
 제4절 영국의 지위남용에 의한 사기죄	86
제1항 Fraud Act 2006 제정 이전의 전개	87
I. 서설	87
II. theft 등에 의한 배임적 행위의 의율	90
제2항 지위남용에 의한 사기죄	93
I. 개관	93
II. 객관적 요건	95
III. 주관적 요건	98
IV. 적용사례	102

제3항 검 토	103
제5절 미국의 Honest Services Fraud	105
제1항 Mail and Wire Fraud의 개관	105
I. 서설	105
II. Mail and Wire Fraud의 요건	107
제2항 Honest Services 이론의 형성 및 전개	109
I. Honest Services 이론의 형성	109
II. 연방대법원에 의한 제한	113
III. 성문화	114
제3항 Honest Services Fraud의 적용례	115
I. 서설	115
II. Skilling 판결 이전	115
III. 가벌성의 한계 논의	118
IV. Skilling 판결 이후	121
제4항 검 토	125
 제3장 우리 배임죄의 임무위배행위에 관한 논의	 127
제1절 우리 배임죄 및 특별배임죄의 형성	127
제1항 배임죄의 형성	127
I. 개정형법가안 및 정부초안에서의 변화	127
II. 특정경제범죄 가중처벌등에 관한 법률	131
제2항 특별배임죄의 형성	132
제3항 검 토	134
I. 우리 배임죄의 특징	134
II. 임무위배행위 해석에의 고려사항	136
 제2절 배임죄의 본질과 보호법익	 138
제1항 배임죄의 본질	138

I. 통설 : 배신설	138
II. 이익취득 및 재산침해	140
III. 배임죄의 불법구조	141
제2항 보호법익 및 보호정도	142
I. 보호법익	142
II. 보호정도	144
 제3절 배임죄와 특별배임죄의 관계	146
제1항 기존의 논의	146
I. 배임죄와의 외형상 유사성	147
II. 학설 및 판례	147
제2항 검 토	149
I. 보호법익	150
II. 규율체계	151
III. 결론	155
제4절 임무위배행위	156
제1항 임무위배행위의 개념	156
제2항 임무의 내용 및 위반정도	158
I. 임무의 내용 : 사법상 의무와 관계	158
II. 위반정도 : 중대성의 요부	161
제3항 판단기준에 관한 학설과 판례	161
I. 형식과 실질	161
II. ‘실질’의 내용	172
제4항 검 토	187
I. 판단기준의 실질성	187
II. ‘실질’의 내용	188
III. 판례의 문제점	190
 제4장 이사의 임무위배행위	198
제1절 임무내용의 사법종속성 및 임무위배의 정도	198

제1항 서 설	198
제2항 임무내용의 사법종속성	199
I. 임무위배 판단의 사법종속성과 형법의 독자성	199
II. 사법친화성	201
제3항 임무위배의 정도	204
I. 서론: 임무위배의 중대성	204
II. 각국 및 우리나라의 논의	205
III. 검토	212
IV. 명확성의 문제	216
제2절 이사의 임무부담의 상대방	221
제1항 임무의 본인으로서 ‘회사’	221
I. 배임죄의 ‘본인’	221
II. 판례의 태도 : 법인격 준별에 대한 의문	222
제2항 이사의 임무에 고려되는 이익	227
I. 논의의 출발	227
II. 회사 및 주주의 이중적 성격	228
III. 배임죄의 불법	229
IV. 상법상 법인격 준별 완화: 이사의 제3자에 대한 임무해태책임	230
V. 이사선임 절차	232
VI. 소결: 임무판단시 전체주주의 이익 고려	233
제3항 검 토	233
I. 임무의 상대방 : 회사	233
II. 주주전원의 동의	234
제3절 판단기준	235
제1항 일반기준	235
I. 서설	235
II. 이익취득 관련성	236
III. 손해발생 관련성	241
IV. 임무위배 : 본인의 의사(용인가능성)	248
제2항 개별사례에의 적용	265

I. 임원 보수지급	265
II. 계열사 지원행위	274
III. 위법행위 (뇌물공여 등 불법적 이익제공)	286
제3항 이른바 경영판단원칙에 대한 검토	296
I. 경영판단원칙의 의의	296
II. 경영판단원칙에 관한 각국의 논의	299
III. 우리 학설과 판례	321
IV. 검토	329
 제5장 결 론	 332
 참고문헌	 337
 Résumé	 356

제1장 서론

제1절 연구의 목적

배임죄 및 업무상 배임죄는 우리 형법의 가장 논란이 되는 범죄라고 할 수 있다. 부동산 이중매매에 관하여는 대법원 전원합의체에서 논의되고, 기업인의 배임행위가 문제되는 사건은 전 국민의 이목을 끌어 모은다. 그러나 어떠한 행위가 배임죄에 해당되는가라는 물음에 간략히 답하는 것은 쉽지 않다. 배임죄가 갖는 구성요건의 포괄성, 좀 더 엄밀히는 행위정형인 임무위배행위의 포괄성으로 인해 수범자는 무엇이 금지되는 행위인가를 알기 어렵다. 기업인들은 “열심히 일해도 결과가 잘못되면 배임죄, 아무것도 안해도 배임죄, 주주를 위해 일해도 배임죄” 라면서 배임죄구성요건에 불만을 표시하고, 이는 결국 “세계적으로 독일, 일본, 한국에만 배임죄가 형법전에 있다” 라는, 배임죄에 대해서 사실에 기반하지 않은 잘못된 비판의 목소리를 드높이게 하는 원인을 제공하는 것으로 생각된다.

기업인들의 선입견과 달리 배임적 행위를 처벌하는 각국의 구성요건은 모두 어느 정도 추상적인 내용을 갖고 있다. 이것은 범규범의 본질상 어쩔 수 없는 것이다. 그렇다면 구성요건의 모호성에 대해 입법자를 탓하기보다는 가능한 범위에서 ‘임무위배’ 행위의 내용을 구체화하는 것이 바람직하다. 법원은 법치국가의 궁극적 수호자로서 판례를 통해서 무엇이 임무위배행위인가 아닌가의 기준을 제시하고 그것을 축적시킴으로써 행위정형인 임무위배행위에 대한 수범자의 예측가능성을 제고할 수 있다. 그러나 현재 우리 법원의 판례가 이러한 역할을 적절하게 수행하고 있는가는 극히 의문이다.

본 연구는 현재 판례를 통해 제시된 판단기준을 짚어보고, 그것이 가해죄와 이득죄의 성격을 모두 지니는 우리 배임죄의 특성에 부합하는가 여부 및, 기준의 일관성 또는 범죄체계적 측면에서의 의문점을 점검하기로 한다. 또한 판례가 고의 판단을 통해서 역으로 임무위배행위 여부를 결정짓는 현상을 완화하고, 임무위배행위가 배임죄의 객관적 구성요건으로서 다양한 판례의 축적을 통해 구체화되어 행위정형과 예측가능성을 제공할 수 있도록 하는 일단의 기반을 제공하는 것을 목적으로 한다.

제2절 연구의 범위 및 방법

본 연구는 배임죄 중에서도 임무위배행위를 그 주제로 한다. 따라서 배임죄의 다양한 사례 중 배임죄의 주체성이 특별히 문제되지 않으면서 임무위배행위 여부의 판단에 집중할 수 있는, 이사의 임무위배행위 사례를 중심으로 논의를 전개하고자 한다.

우선 주요 각국의 배임죄 규정에 관한 비교법적 검토를 통하여 각국 법률이 갖는 배임구성요건의 특징 및 우리 임무위배행위에의 시사점을 살펴본다. 이러한 작업은 다른 나라와 달리 우리 배임죄가 갖는 특징을 상대적으로 부각시키고 드러낼 수 있게 한다.

다음으로 우리 배임죄의 연혁적 검토를 통하여 우리 배임죄 및 특별배임죄의 특징을 살펴본다. 임무위배행위의 해석에는 주요 각국의 배임적 행위 처벌조항과 다른, 가해죄이면서 이득죄로서의 우리 배임죄의 특징이 정확히 반영될 수 있어야 함을 여기에서 간취할 수 있다.

이러한 기초작업을 바탕으로, 이사의 임무위배행위 여부에 대한 판단의 기준을 세워 본다. 누구에게 임무를 부담하는가 또는 과반수주주나 주주 전원이 동의하면 임무위배행위성이 부정되는가, 형법 외 다른 법률상 의무위반과 배임죄의 임무위배 간 관계는 어떠한가, 임무위배의 중대성을 요하는가, 그리고 임무위배행위 여부의 판단기준 및 그 세부인자 설정 등이 문제될 수 있다. 비교법적 검토결과 및 기존 판례, 학설을 종합하여 기준을 도출하고, 이 기준을 이사의 배임죄가 문제되는 몇 가지 주요 사례에 적용, 검증하기로 한다.

한편 이사의 경영판단에 대해서는 그것이 논의되는 범죄체계적 지위와 함께 일반적 배임행위와 다른 특별한 고려를 요하는가가 문제된다. 경영판단에 대하여 각국의 법령이 이를 규율하는 방법 및 우리 배임죄의 임무위배행위 검토에서 도출된 기준들을 종합하여 판단할 때, 우리 배임죄에서 임무위배행위에 이를 위치 짓는 것의 타당성 및 임무위배행위의 일반적 판단과 다른 특별한 취급의 필요성이 있는가를 검토한다.

제2장 배임죄에 관한 연혁적·비교법적 고찰

이 장에서는 우리 배임죄 규정의 특색 및 그에 의한 이사의 배임적 행위 규율에 대해서 본격적 검토를 수행하는데 전제 되는 기초작업으로서, 배임적 행위를 형사적 차원에서 규율하는 각국의 처벌규정 및 그에 의한 이사의 배임적 행위 규율을 개관하고자 한다.

제1절 프랑스의 신뢰침해죄 및 회사재산남용죄

제1항 서 설

우리나라에서 이사의 배임행위에 적용되는 대표적 처벌조항은 형법의 업무상 배임죄¹⁾와 상법상 특별배임죄²⁾라고 할 수 있는바, 이들과 유사한 프랑스법의 규정으로 형법상 신뢰침해죄(프랑스형법 제314-1조) 및 상법상 회사재산남용죄(프랑스상법 L. 241-3 및 L. 242-6 조)를 들 수 있다. 프랑스 형법상 신뢰침해죄의 규율내용은 시대에 따라 큰 변화를 겪었다.

1810년 구 프랑스 형법상 신뢰침해죄(동법 제408조)의 실질은 위탁물에 대한 횡령죄³⁾로서 우리 형법의 배임죄와는 상이한 것이었으나, 1994년의 전면개정에 따른 신형법 시행 이후에는 우리 배임죄와 상당히 근접하게 변모되었다. 또한 프랑스 상법상 회사재산남용죄는 형법상 신뢰침해죄를 이사의 배임적 행위에 적용 시에 발생하는 난점을 입법적으로 해결하기 위해 1935년 도입된 것으로서, 기업활동 관련 영역에 대한 형사적 규율을 선도하는 플래그십 범죄(l'infraction phare)⁴⁾ 일 뿐 아니라 그와

1) 이득액 5억원 이상인 경우 특경가법 제3조 제1항에 의해 가중처벌되어 주로 이득액 산정이 문제된다. 이상원, “횡령죄의 이득액과 가벌적 후행행위”, 저스티스 통권 제131호, 2012. 8, 190면 이하 참조.

2) 특경가법 제3조 제1항의 적용이 없어 활용빈도가 높지는 않다.

3) 유기천, 형법학[각론강의(전정신판)](영인본), 2012, 287면.

4) B. Bouloc, Abus de biens sociaux, Repertoire des sociétés, Dalloz, 2015 (Actualisation 2019), 단락 1; R. Salomon, Les grand arrêts du droit pénal des affaires(2018-2019ed), 2018, 145면; “스타 범죄(l'infraction star)” 라는 표현으로 P. Conte, Synthèse - Droit pénal des sociétés : infractions, Lexisnexis, 2019, 단락 40. 회사재산남용죄를 프랑스의 가장 대표적인 화이트칼라범죄 대응수단으로 소개한 영국 문헌으로, P. Burbidge, A

연관된 뿌리깊은 부패를 척결하는 대표적 수단⁵⁾으로 자리매김하고 있다.

프랑스 회사재산남용죄는, 독일의 배임죄와 달리 구성요건에서 행위자인 이사의 ‘사적인 이익’의 추구를 명시적으로 요구한다. 종래 우리나라 배임죄의 비교법적 연구와 관련하여 독일의 입법례가 자주 논의되었으나, 독일의 경우 손해의 발생만을 요구하고 이익의 취득이나 추구는 요건이 아닌 점에서 우리의 배임죄와 크게 상이하다. 따라서 이윤법적 성격을 요건에서 드러내고 있는 프랑스 회사재산남용죄에 대한 검토는 이윤법의 본질을 갖는 우리 배임죄를 이해하는 데 유용한 참고가 될 수 있다. 최근에 대법원은 기업집단 내 계열사 지원행위를 한 이사가 업무상 배임죄로 기소된 사안에서, 프랑스의 회사재산남용죄에 관한 파기원판례 법리의 영향을 받은 것으로 평가 받는 판결을 내어놓은 바 있다.⁶⁾

이 판결과 우리 법제 간 정합성 등의 문제는 별론, 외국 법리를 활용하기 위한 전제인 면밀한 이해, 분석의 일환으로서 프랑스 회사재산남용죄를 면밀히 검토한 국내의 선행 연구는 아직 충분하지 않은 것이 현실이다.⁷⁾ 이 점을 고려하여 이하에서는 프랑스 회사재산남용죄와 그 원형으로서 신뢰침해죄의 각 형성과정을 비교적 상세하게 살펴보고, 그 요건에 관한 프랑스의 논의를 개관한다.

제2항 신뢰침해죄의 형성과정

I. 구형법상 신뢰침해죄의 형성

French ABC of corporate crime? Abus de biens sociaux and the Elf Affair: Part (1), International Company and Commercial Law Review, 15 (6), 2004, 180-187면.

- 5) “부패에 대항하는 제1의 법률 병기(la meilleure arme juridique contre la corruption)”로 표현된다. D. Rebut, Abus de biens sociaux, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, 2010. 1. (Actualisation 2018), 단락 5.
- 6) 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015도12633 판결. 학계에서는 프랑스 회사재산남용죄에 관한 대표 판례의 하나인 ‘로젠블룸(Rozenblum) 판결’ 법리를 적용한 것으로 평가된다.
- 7) 상법학계에서 정진세 교수의 “집단소속회사 이사에 대한 회사재산남용죄(특별배임죄)의 제한”, 선진상사법률연구 통권 제69호, 2015. 1, 135-167면에서 프랑스 로젠블룸 판결에 대한 상세한 판례평석이 게재된 바 있고, 그 외 실무계의 논문으로 김재협, “그룹에 있어 회사재산 남용죄에 관한 프랑스 법원의 태도”, 인권과 정의 제431호, 2013. 2, 118-133면에서 회사재산남용죄를 개관한다. 최근 문헌으로는 김주연, “기업집단의 이익과 업무상배임죄 -프랑스의 로젠블룸 원칙을 중심으로-”, 비교형사법연구 제21권 제3호, 2019. 10, 29-58면.

신뢰침해죄는 나폴레옹 치하에서 제정된 프랑스 구형법 제408조가 규정한 것이 본격적 시초이며, 프랑스 현행 형법은 제312-1조에 이를 규정하고 있다. 그러나 프랑스 구형법과 현행 형법상의 각 신뢰침해죄는 그 실질 및 요건에 있어서 적지 않은 차이를 보인다. 구법의 신뢰침해죄는 위탁물횡령죄의 실질을 갖는 것이었으나 현행법의 그것은 우리 형법의 배임죄와 많은 부분에서 규율영역이 중첩되는, 횡령죄와 배임죄를 모두 규율하는 포괄적 성격의 범죄로 변모하였다.⁸⁾ 현행 신뢰침해죄와 회사재산남용죄는 모두 구법의 신뢰침해죄가 노정한 처벌상 공백을 보완하는 입법이므로 그 이해를 위해서는 구형법의 검토가 필수적이다.

1. 로마법과 중세 프랑스법의 전개

로마법과 중세를 거쳐 프랑스 혁명기에 이르기 전까지 오랜 기간동안, 프랑스에서는 절도와 구별되는 신뢰침해죄의 개념이 싹트지 못하였다.⁹⁾ 로마법은 소유권침해 범죄들의 다양한 형태를 구체적으로 구별하지 않고 소유권 침해 행위 일반을 ‘furtum’¹⁰⁾으로 처벌하였다. 따라서 현재 프랑스의 신뢰침해죄에 포섭되는 사안들인, 사적 이익을 위해 타인의 소유물을 사용하거나 또는 계약상 지위에서 행하는 배신적 행위를 처벌하는 별도의 범죄는 없었고 다만 그러한 행위유형 중 일부를 ‘furtum’으로 처벌할 뿐이었다.¹¹⁾ 근대 이전 앙시앵 레짐(Ancien Régime) 시기의 프랑스 형법은 로마법에 비해 처벌을 크게 완화하였고 ‘furtum’ 역시 처벌범위

8) 무엇보다도 동 죄의 객체를 기존의 재물 외에 재산상 이익까지 포함하도록 확대한 것이 가장 큰 이유이다. 우리 형법의 횡령죄와 배임죄의 구별에 관해서는, 신동운, “횡령죄와 배임죄의 관계”, 한국형사법학의 새로운 지평, 유일당 오선주교수 정년기념논문집 간행위원회, 2001, 315-337면.

9) E. Penicaut, De L'Abus De Confiance: Prevu Et Puni Par L'Article 408 Du Code Penal, Kessinger Legacy Reprints, 1899 (reprinted 2010), 5면.

10) 위의 책, 12면 이하. 그 행위태양은 ‘조종(contractatio)’으로서 극히 포괄적이었고 절도, 사기, 신뢰침해죄(횡령·배임)의 요소가 혼재된 것이었다. 그 정의를 인용하면 아래와 같다. “Furtum est contractatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus rei, possessionisve (L. 1. § 3. D. de furtis XLVII. II)”; 다른 정의는 다음과 같다. “Furtum autem fit... generaliter cum quis rem alienam invito domino contractat”. (Gaius, III. § 195.). 같은 책, 12면 주 1 및 13면. furtum 을 소개한 최근의 국내 문헌으로 이상훈, “절도원인 이득반환청구소권(condictio furtiva)에 관한 소고 - 학설취찬 제13권 제1장을 중심으로”, 법사학연구 제57호, 2018, 261면.

11) C. Mascala, Abus de confiance, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, 2016 (Actualisation 2018), 단락 6.

가 더욱 제한되어 절취만을 처벌하는 규범으로 변모하였다. 소유자로부터 계약 등에 기해 자발적으로 교부받은 물건을 그 의사에 반해 사용하는 행위는 단지 민사상 불법행위(tort)에 기한 손해배상문제로 취급되었다.¹²⁾

프랑스 형법상 신뢰침해죄는 1791년 9월 형법전 제29조에서 실질적으로 형성되었다고 할 수 있다. 위 조항은 부분수정을 거쳐 1810년 형법 제408조의 신뢰침해죄로 입법되었다. 1810년 형법 제408조는 2차례의 개정을 거쳐 180여년간 시행되다가 1994년의 형법 전면개정에 따른 신형법 입법 시 내용을 전면 수정, 제312조로 규정되어 오늘에 이른다.

2. 1791년 형법

프랑스 혁명과정에서 제헌의회¹³⁾는 1791년 8월 인간과 시민의 권리에 관한 선언을 채택하고, 동 선언 제6조¹⁴⁾ 및 제8조¹⁵⁾의 각 취지에 따라 1791년 9월¹⁶⁾ 형법을 제정, 공포하였다. 동법은 시민의 자유·소유·안전 보호라는 혁명이념 구현을 입법의도로 하여, 범죄에 관해서는 특히 자유의 실질적 기반인 사유재산 보호를 강화하기 위해서 신뢰침해죄의 원형을 비롯하여 새로운 유형의 재산범죄를 신설하였고, 형벌에 관해서는 관대화과 고정형주의를 통한 법관의 자의방지를 도모한 것이 특색이다.¹⁷⁾ 1791년 형법 제2편 제2장 제2절 제29조는 아래와 같이 규정한다.

12) 위의 글, 단락 7.

13) 1789년 5월 5일 소집된 삼부회의 명칭이 동년 6월 17일에 국민의회로 변경되었고, 다시 같은 해 7월 9일에 제헌의회로 변경되었다.

14) 인간과 시민의 권리선언(1789. 8. 26.)

V. 법률은 오직 사회적으로 유해한 행위만을 금지할 수 있다(La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société).

15) 인간과 시민의 권리선언(1789. 8. 26.)

VIII. 법률은 오직 엄격하고, 명확하게, 필요한 형벌만을 정하여야 하며, 누구라도 행위에 앞서 제정·공포되어 적법하게 적용된 법률에 의하지 않고는 처벌될 수 없다(La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au delit, et légalement appliquée).

16) 1791년 7월 19일부터 22일까지 경범죄 및 위경죄법이, 같은해 9월 16일부터 19일까지 형법전이 각 심의되었다.

17) 1791년 5월 23일 국민회의의원 Lepeletier de Saint-Fargeau (1760~1793)의 제안설명. 그는 훗날 루이16세의 사형을 의결하였다.

CODE PÉNAL (시행 1791.9.25.)

제2편 범죄와 그 처벌
(DEUXIÈME PARTIE Des crimes et de leur punition.)

제2장 개인적 범죄에 대한 죄
(TITRE II Crimes contre les particuliers.)

제2절 재산에 대한 죄
(Crimes et délits contre les propriétés.)

제29조 누구든지 반환 또는 관리하기로 하는 조건 하에 무상으로 보관을 위탁받은 유가증권, 상품, 금전, 소유권증서, 중요사항 또는 의무의 부과나 면제를 내용으로 하는 문서, 기타 동산을 그의 이익을 위해 유용하거나 소비한 때, 혹은 악의 또는 고의로 타인을 해하기 위해 소훼하거나 여하한 방법으로든 파괴한 때에는 시민권 강등¹⁸⁾의 형으로 처벌한다.¹⁹⁾

위 조항은 행위객체가 보관위탁된 동산으로 한정되고, 행위태양이 유용 또는 소비로 규정되어 있어 실질적으로 위탁물에 대한 횡령죄의 성격을 갖는다. 다만 ‘악의나 고의로 타인을 해하기 위해서’라는 주관적 요건을 추가로 요구함으로써 가벌성을 제한²⁰⁾하는 자유주의적 색채가 스며있고, 한편 ‘그의 이익을 위해(à son profit)’를 요건으로 명시함으로써 유용 및 소비행위가 갖는 이윤법적 성격을 드러낸 것이 특색이다.

3. 1810년 제정형법 제408조 및 그 이후의 개정

1810년 2월 제정된 프랑스 형법(Code Pénal)은 혁명 이후의 극심한 사회혼란과 강한 반동적 분위기 속에서 힘에 의한 질서의 확립을 추구한, 나폴레옹의 의중이 반영된 준엄한 형법전²¹⁾이었다. 그러나 한편 동법은

18) 시민권 내용인 공권(정치적 권리 등), 사권(재산상 권리), 가족법상 권리 등을 제한하는 명예형이다. 1791년 형법에 처음으로 도입되어 1994년 3월 1일 신형법 시행 전까지 일부 범죄에 존속하였다.

19) 원문은 아래와 같다.

L'art. 29 Quiconque sera convaincu d'avoir détourné à son profit ou dissipé, ou méchamment ou à dessein de nuire à autrui, brûlé ou détruit d'une manière quelconque des effets, marchandises, deniers, titres de propriété, écrits, ou actes d'importance, obligation ou décharge, et toute autre propriété mobilière qui lui avaient été confiés gratuitement à la charge de les rendre ou de les représenter, sera puni de la peine de la dégradation civique.

20) Y. Jeanclos, *DE 1810 A 2010 : LE CODE DE 1810 EN MOUVEMENT*; BICENTENAIRE DU CODE PÉNAL, COUR DE CASSATION, 25 novembre 2010, 83면; Jeanclos 교수는 이를 1791년 형법의 가장 주목할 부분의 하나로 꼽는다.

21) R. Badinter, *Promulgation du Code pénal*; Badinter 교수는(전 프랑스 법무장관)는 1791년

당시 계몽주의와 그에 기반한 Beccaria 사상의 영향, 그리고 프랑스인권 선언을 통해 공표된 혁명정신을 법제화하려는 입법의도에 따라, 상정가능한 각양각색의 법익침해행위를 사전에 법률로 명시하여 자유보장의 전제인 시민의 개인적 법익 보호에 유념하는 동시에 형법의 보장적 기능에 충실하려 하였고 이 점에서 1791년 9월 형법을 실질적으로 계승하고 있다.²²⁾ 요컨대 1810년 형법은 혁명정신을 구현한 1791년 9월 형법을 기본 모델로 하면서, 16세기 이후의 왕령·선언 등과 앙시앵 레짐(Ancien Régime) 하 규정 일부에 대한 당시 학계와 실무의 논의를 반영, 종합적으로 집약한 성과물이다.²³⁾

1810년 제정형법 제408조는 ‘신뢰침해(abus de confiance)’라는 용어를 최초로 채택 및 사용한 입법으로서, 신뢰침해죄를 사기죄와 동일한 장에 규정하고 있다.²⁴⁾ 동 조항은 아래와 같이 규정한다.

CODE PÉNAL (시행 1810.2.27)

제3편 범죄와 형벌

(TROISIÈME PARTIE - DES DÉLITS ET DES PEINES)

제2부 개인적 법익에 대한 중죄와 경죄

(Titre II CRIMES ET DÉLITS CONTRE LES PARTICULIERS)

제1장 재산에 대한 경죄

(CHAPITRE PREMIER, CRIMES ET DÉLITS CONTRE LES PROPRIÉTÉS)

제2절 파산, (협회의)사기, 각종 사기에 관한 죄

(SECTION II,

BANQUEROUTES, ESCROQUERIES, ET AUTRES ESPÈCES DE FRAUDE)

§ II. - 신뢰침해 (ABUS DE CONFIANCE)

제408조 누구든지 예금계약 또는 유상의 역무계약²⁵⁾상 지위에 기하여,

형법이 단 197개의 구성요건을 규정한 것과 달리, 1810년 형법은 강력하고 효율적인 위하를 통한 정의(une justice forte, efficace et redoutée)를 추구하여 423개에 이르는 구성요건을 규정하고 법정형을 무겁게 한 중벌주의 경향의 입법으로 평가한다(원문은 <https://francearchives.fr/commemo/recueil-2010/39554>에서 확인 가능, 최종 확인일 2019. 9. 22).

22) Y. Jeanclos, 앞의 글, 83면.

23) 위의 글.

24) 1871년 제정된 독일제국형법 역시 배임죄를 사기죄와 동일한 장에 규정한다.

반환 또는 관리하기로 하는 조건이나 특정 용도에 사용하는 조건으로 위탁받은, 유가증권, 금전, 상품, 어음, 영수증이나 그 밖에 의무를 부과 또는 면제하는 일체의 서류를 유용하거나 소비하여 그 소유자, 점유자 또는 소지자에게 손해를 가한 때에는 제406조에 정한 형으로 처벌한다.²⁶⁾
(미수범 불처벌)

1810년 형법 제408조는 행위태양을 ‘횡령 또는 소비’로 규정하고 행위의 객체는 피해자와의 특정한 위탁관계에 근거하여 보관위탁된 동산으로, 행위주체는 그러한 위탁을 받은 자로 한정하여 1791년 규정의 기본 골간을 유지하였다. 그러나 1791년 형법과 비교할때 보관위탁의 근거 및 객체의 범위가 변화된 것이 특색으로, ① 보관위탁의 근거인 위탁관계가 1791년 형법과 달리 예금계약과 유상 역무계약의 2종의 계약관계로 명시되고, ② 객체인 동산을 규정함에 있어서 1791년 형법이 명시한 ‘기타 동산’이 삭제되어, 객체의 범위가 큰 폭으로 축소되었다. 보관위탁의 근거로 명시된 2종의 계약, 즉 예금계약 및 유상 역무계약은 한정적 열거로 해석되었다²⁷⁾. 그러나 위탁근거를 단 2종의 계약에 한정된 결과 자연히 그에 포섭될 수 없는 사례가 빈발하였고, 결국 입법자는 그 밖의 계약에 근거하여 위탁된 동산에 대해서도 동 죄를 적용하기 위해서 위탁근거를 확대하기에 이르렀다. 즉 1832년에는 위임(mandat), 임대차(louage) 및 무상 역무계약(travail non salarié)을 위탁근거의 유형에 추가하고, 1863년 다시 질권설정계약(nantissement) 및 사용대차계약(prêt à usage)을 추가하는 개정을 단행함으로써 보관위탁 근거를 7종의 계약으로 한정·열거한 이하와 같은 규정이 되었다. 이는 1994년 형법 전면 개정 시까지 유지되었다.

CODE PÉNAL (시행 1863.4.18)

제408조 누구든지 임대차, 예금, 위임, 담보설정, 소비·사용대차, 또는

25) 유상의 고용·도급계약을 모두 포함하는 것으로 해석된다.

26) 원문은 다음과 같다.

L'art. 408 Quiconque aura détourné ou dissipé, au préjudice du propriétaire, possesseur ou détenteur, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui aurait été remis qu'à titre de dépôt ou pour un travail salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, sera puni des peines portées par l'article 406.

27) C. Mascala, 앞의 글, 단락 10.

유·무상의 역무계약상 지위에 기하여, 반환 또는 관리하기로 하는 조건이나 특정 용도에 사용하는 조건으로 위탁받은, 유가증권, 금전, 상품, 어음, 영수증이나 그 밖에 의무를 부과 또는 면제하는 일체의 서류를 유용하거나 소비하여 그 소유자, 점유자 또는 소지자에게 손해를 가한 때에는 제406조에 정한 형으로 처벌한다.²⁸⁾
(미수범 불처벌)²⁹⁾

그 중에서도 특히 1832년 개정 시 추가된 ‘위임(mandat)’은 실제 사례에서 신뢰침해죄의 적용범위를 확장하는 가장 주요한 근거로 기능하였다. 이 ‘위임’은 명시·묵시의 위임을 모두 포함하고 유·무상을 불문하며 주된 위임과 다른 계약에 부수하는 위임이 모두 포함된다고 넓게 해석되었다. 따라서 파기원은 제408조에 열거된 위탁 유형에 포섭하기 어려운 사례에 대해 동 조를 적용하기 위한 방법으로, (실질적으로) 위탁관계의 일반적 근거로서 ‘위임’을 적극 활용하였다. 이를테면 당시 프랑스 법제는 회사를 사원 간의 계약관계로 이론구성하였는데, 합명회사를 대표하는 사원 중 1인이 회사재산을 유용한 경우 제408조의 위탁관계에는 회사계약이 열거되어 있지 않음에도, 파기원은 사원과 회사 간의 위임관계를 인정하여³⁰⁾ 제408조의 신뢰침해죄 성립을 긍정하였다.³¹⁾³²⁾

28) 원문은 다음과 같다.

L'art. 408 Quiconque aura détourné ou dissipé, au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à titre de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, de prêt à usage, ou pour un travail salarié ou non salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, sera puni des peines portées en l'article 406.

29) 1810년 프랑스 형법은 미수범을 원칙적 불가벌로 하고 각칙본조에서 처벌을 규정한 경우에 한하여 처벌하였다. 프랑스 구형법의 배임죄가 미수범을 처벌하지 않은 반면, 일본 구형법은 이를 계수하면서 배임죄의 미수범처벌조항을 신설하였다.

30) Crim. 8 août 1845는 “합자회사의 사원은 수입인으로 간주되어야 한다(L'associé gérant d'une société en commandite doit être considéré comme un mandataire.)”고 판시했다. 또한 Crim. 13 juin 1845는 연금(tontine)운용회사 사원이 운용자금을 사적 목적으로 유용한 사안에 대하여 제408조의 성립을 긍정했다.; Journal du palais: présentant la jurisprudence de la Cour de Cassation et des cours d'appel de Paris et ses départements, Vol. 48, 1847, 7-9면; 주식회사 이사에 대해 제408조의 성립을 긍정한 판례로, Crim. 4 juin 1886; M. D. Alexandre, *Le mandat dans l'abus de confiance*, 1935, 69면에서 재 인용.

31) 본문의 판례선고 이전에는, 법인을 대표하는 사원은 법인 자체로 간주되는바 사원의 지위와 법인의 수입인 지위가 양립할 수 없어 양자 간 위임관계를 인정할 수 없다는 견해가 지배적이었고, 이것이 파기원 판례의 입장이기도 하였다. Crim. 15 janvier

한편 형벌에 관하여 살펴보면 동 죄는 자유형의 상한을 2년으로 하고³³⁾ 1832년까지는 가중처벌에 관한 규정이 없었으나, 1832년 개정법³⁴⁾에 의해 하인·점원 등 한정적으로 열거된 특정 업무주체가 본 죄를 범하는 경우 형의 가중을 규정한 제408조 2항이 입법되었다. 동 항은 행위자와 본인 간의 주종적 관계 및 적용대상의 한정적 열거가 특색인데다, 이사를 가중대상으로 포함하지 않은 점에서 우리 형법의 업무상 배임죄와는 성질을 달리하는 것이었다. 이후 1863년 개정법³⁵⁾은 제408조 2항의 가중대상에 특정 범위의 공무수행자를 추가하였고³⁶⁾, 1935년 개정법³⁷⁾은 일반 공중으로부터 자금 등을 모집하는 업무에 한정하여 ‘회사의 지배인, 관리인 및 대리인’을 주체로 규정하였다. 1832년 및 1863년의 각 개정규정은 회사의 이사를 주체에 포함하지 않았기 때문에, 결국 이사의 업무에 대해 한정된 범위에서만 제408조 제2항의 가중규정이 적용된 것은 1935

1842; M. D. Alexandre, 앞의 글, 69면에서 재인용.

32) 본문의 파기원 판례에 영향을 준 것으로 평가되는 1842년의 하급심 판결(Rouen, 18 mars 1842)은, 사원이 오직 ‘법인의 이익’을 위해서 행위한 때에만 법인의 행위로 간주된다는 점을 논거로 주 30의 기존 파기원 판례에 반박한다. ; M. D. Alexandre, 앞의 글, 70면 본문 및 주 1에서 재인용.

33) 제406조의 형과 동일하며, 2월이상 2년이하 자유형 또는 손해액을 초과하지 않는 벌금(손해액이 25프랑 이하인 경우 25프랑)이다.

34) **L’art. 408 alinéa 2** (1832. 4. 28.)

Si l’abus de confiance prévu et puni par le précédent paragraphe a été commis par un domestique, homme de service à gages, élève, clerc, commis, ouvrier, compagnon ou apprenti, au préjudice de son maître, la peine sera celle de la réclusion.;

J. B. Duvergier, Collection complète des lois, décrets, ordonnances, reglemens et avis du conseil-d’état, Vol. 32, 1832, 146면.

35) **L’art. 408 alinéa 2** (1863. 4. 18.)

Si l’abus de confiance prévu et puni par le précédent paragraphe a été commis par un officier public ou ministériel, ou par un domestique, homme de service à gages, élève, clerc, commis, ouvrier, compagnon ou apprenti, au préjudice de son maître, la peine sera celle de la réclusion.;

G. Dutruc, Le code pénal modifié par la loi du 18 avril (13 mai) 1863, Libraires de la Cour de Cassation, 1863, 61면.

36) 추가된 “officier public ou ministériel”은 공무원 중 증권중개인등 특정범위에 한하고 단순 공무원(fonctionnaires public)은 제외함이 1863년 당시 입법자의 의도라고 한다. E. Penicaut, 앞의 책, 119-120면.

37) **L’art. 408 alinéa 2** (1935. 8. 8.)

Si l’abus de confiance a été commis par une personne faisant appel au public afin d’obtenir, soit pour son propre compte, soit comme directeur, administrateur ou agent d’une société ou d’une entreprise commerciale ou industrielle, la remise de fonds ou valeurs à titre de dépôt, de mandat ou de nantissement, la durée de l’emprisonnement pourra être portée à dix ans et l’amende à 5 000 000 F.;

Décrets-lois pris en exécution de la loi du 8 juin 1935, Recueil Sirey, 70면.

년 개정 이후이며, 같은 해에 회사재산남용죄가 입법되었으므로 개정규정은 회사재산남용죄로 의율되지 않는 때에 한하여 적용되었다. 즉 1935년 이전에 이사의 배임적 행위는 구형법 제408조 제1항의 신뢰침해죄로 의율되었다고 할 수 있다.³⁸⁾

다른 죄와 형을 비교하면, 1810년 제정시 제408조의 법정형은 2월 이상 2년 이하 자유형 또는 손해액 한도의 벌금(손해액이 25프랑 이하인 때에는 25프랑)으로서 사기죄(제405조³⁹⁾: 1년이상 5년이하 자유형 또는 50프랑 이상 300프랑 이하 벌금) 및 일반절도죄(제401조⁴⁰⁾: 1년이상 5년 이하 자유형 또는 16프랑이상 500프랑이하 벌금)에 비해 크게 낮았고, 이러한 형의 경중이 신형법의 제정시까지 그대로 유지되었다. 이는 위 제408조의 경우 절도죄나 사기죄와 달리, 피해자 본인이 스스로 행위자에게 위탁함으로써 범행기회를 제공한 점에서 본인에게도 귀책이 있다는 측면이 강조되었기 때문이다.⁴¹⁾ 그러나 구형법의 이러한 구상은 1994년 신형법의 입법을 계기로 근본적인 변화를 보인다.

II. 1994년 신형법의 신뢰침해죄

1810년 형법은 제정 이후 다수 국가의 형사입법 모델이 되는 등 모범

38) 다만 이와 달리 프랑스에서 회사재산남용죄 신설 전 이사의 배임적 행위가 ‘업무상 배임죄’로 의율되었다고 서술하는 문헌도 보인다. 김재협, “그룹에 있어 회사재산 남용죄에 관한 프랑스 법원의 태도”, 인권과 정의, 통권 431호, 2013. 2., 120면 및 동 문헌을 인용한 이완형, “기업집단 내 계열회사간 지원행위의 업무상배임죄 성립 여부”, 사법 2018 vol.1, 통권 43호, 2018. 4, 570면.

39) **L'art. 405**; “Quiconque, soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manœuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique, se sera fait remettre ou délivrer des fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges, et aura, par un de ces moyens, escroqué ou tenté d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui, sera puni d'un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus, et d'une amende de cinquante francs au moins et de trois mille francs au plus.”

40) **L'art. 401**: “Les autres vols non spécifiés dans la présente section, les larcins et filouteries, ainsi que les tentatives de ces mêmes délits, seront punis d'un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus, et pourront même l'être d'une amende qui sera de seize francs au moins et de cinq cents francs au plus.”

41) E. Penicaut, 앞의 책, 19-20면; M. L. Rassat, Droit Penal special(8ed), 2018, Dalloz, 219면.

적 형사입법의 하나로 자리매김했으나, 무려 2세기 가까이 육박하는 장구한 기간동안 시행되면서 필연적으로 19세기 이후의 급속한 사회발전과 범죄현실의 변화에 적절하게 부응하지 못하는 문제에 봉착하였다. 제408조의 신뢰침해죄에 대해서도 보관위탁의 근거 및 객체 범위가 협소하여 새롭게 출현한 지능범죄 처벌의 형사정책적 필요성을 충족하기 어렵다는 비판이 지속적으로 제기되었다. 앞서 보았듯 종래 파기원은 위탁 근거의 하나인 위임의 범위를 넓게 해석하거나, 위수탁 당사자 간 약정에 의한 위탁근거 확장⁴²⁾을 시도하여 신뢰침해죄의 적용범위를 넓히고자 했지만, 법 문언의 한계로 인하여 문제의 근본적인 해결을 위해서는 입법이 불가피하였다. 결국 사회변화에 따른 새로운 입법적 수요를 충족하고 유럽통합의 추세에 선제적으로 대응하고자 1992년 7월 프랑스 의회에서 신형법이 의결되어 1994년 3월부터 시행되었다.⁴³⁾ 입법자는 신뢰침해죄의 문제점에 관한 종래의 지적을 수용하여 그 성립범위를 크게 확장하고 있다. 신형법 제314-1조는 신뢰침해죄에 관하여 아래와 같이 규정한다.

CODE PÉNAL (시행 1994. 3. 11)

제314-1조⁴⁴⁾45)

신뢰침해는 현금, 가치 또는 기타 재산⁴⁶⁾에 대하여 그 반환, 관리 또는 특정용도에 사용할 것을 조건으로 위탁받은 자가 이를 유용하여 타인에게 손해를 가하는 것을 말한다.

신뢰침해는 3년의 구금형 및 375,000유로의 벌금에 처한다.

42) Crim. 14 février 1979, n°78-92.315; M. L. Rassat, 앞의 책, 227면 및 주 1) 참조.

43) 프랑스 신형법의 입법이유 및 경과의 상세를 소개한 국내 문헌으로, 이천현·도중진·권수진·신동일·김현우, “형법각칙 개정연구 [9] ‘우리 나라 및 주요 국가의 형법개정 동향’ ”, 한국형사정책연구원, 2007, 186면 이하.

44) 원문은 다음과 같다.

L'art. 314-1

L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé.

L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende. (Modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002);

참고로 2000. 9. 19. 자 법률명령은 1994년 형법 전면개정 당시 형법 전 조항에 걸쳐 프랑(franc)화로 표기된 벌금액을 유로(Euro)화 표기로 변경하는 내용으로서, 조항의 내용에는 변화가 없다.

45) 입법과정에서 객체 표현에 변화가 있었다. 1989년 2월 제1회 독회시에는 동산(chose)

1810년 형법 제408조와 비교할 때 신형법 제314-1조의 주목할 특징으로 크게 두 가지를 들 수 있다. 첫째는, 객체를 동산에 한정했던 구법과 달리 무형의 가치 즉 재산상의 이익을 객체로 추가한 점이다. 둘째는, 보관등 위탁의 근거로 7종 계약을 열거하였던 구법의 열거주의를 폐기하고 널리 계약 일반에 따라 위탁받은 경우를 포괄하는 일반적 위탁근거를 명시한 점이다. 이러한 변화에 따라 신형법 제314-1조의 신뢰침해죄는 더 이상 구법 제408조와 같이 위탁물횡령의 성격만을 갖는 규정으로 볼 수 없게 되었다. 특히 신형법은 본 죄의 유용행위의 객체를 동산 외에 무체재산, 즉 재산상 이익에까지 확장함으로써 신뢰침해죄가 이른바 재산상 이익에 대한 횡령죄의 성격을 갖게 되었고, 이는 재산상의 이익에 대한 이득죄인 우리 형법상 배임죄의 성격에 크게 근접한다.⁴⁷⁾

한편 법정형에 있어서 절도죄 및 사기죄보다 경한 형으로 처벌하였던 구법 제408조와 달리 신형법 제314-1조는 절도죄보다 중한 형을 규정하

에 한정되었던 것이, ‘문언상’으로는 부동산을 포함할 수 있는 현재의 형태로 최종 수정되었다. 제1회 독회 원문은 http://www.senat.fr/leg/1988-1989/i1988_1989_0215.pdf에서, 입법과정 전반은 <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/s88890215.html>에서 확인 가능(최종확인 2019. 9. 22). 이에 대한 지적으로 M. L. Rassat, 앞의 책(주 41), 221면.

46) ‘가치’는 주 43에 소개한 조문 원문(밑줄부분)의 ‘valeurs’를, ‘재산’은 ‘bien’을 각 번역한 것이다. 본 연구에 앞서서 valeurs를 ‘가치’, bien을 ‘재산’으로 번역한 또 다른 문헌으로, 이상원, 앞의 글(주 1), 199면 본문 및 주 119 참조. 이와 달리 valeurs를 “유가증권”, bien을 ‘재물’로 번역하면서 죄명 자체를 ‘횡령죄’로 번역한 문헌으로, “프랑스 형법”, 2008. 11, 법무부, 200면 참조. 프랑스 개정 신뢰침해죄의 입법취지 및 프랑스 학설과 신법의 판례를 종합할때 전자가 타당하다고 보이며 이하 서술은 이에 따른다. 참고로 valeurs를 유가증권으로 번역하는 것도 가능하나, ‘bien’에는 무체재산인 가치도 포함되기 때문에 횡령죄라는 죄명번역은 위죄의 원래 의미와 거리가 있다. 신형법의 신뢰침해죄에서 무체재산의 객체성 인정에 대한 프랑스의 문헌으로는, M. L. Rassat, 앞의 책, 220면 이하.

47) 우리 형법의 입법과정을 주도한 업상섭은 형법상 횡령죄와 배임죄의 관계를 사기죄와 사기이득죄의 관계로 파악함으로써 개정형법가안의 그것과 동일하게 이해한다. 일본에서 개정형법가안의 성안과정을 주도한 牧野英一교수는 배임죄를 횡령죄와 관계에서 객체만을 달리하는 범죄로 관념하였고, 이 구상을 위 가안에 그대로 반영하였으며, 그 취지는 개정형법가안의 성안과정 관련 자료에 기재된 牧野英一의 발언 등에 명확하게 드러나 있다. 江家義男역시 牧野英一가 설계한 위 가안의 배임죄를 ‘재산상 이익에 대한 횡령죄’로 표현하고 있고 그 외 개정형법가안에 대한 久禮多益壽의 주식 등 다양한 근거가 이를 뒷받침한다. 이에 대한 상세는 신동운, 앞의 글(주 8), 320면 이하 및 이상원, 앞의 글(주 1), 200면 각 참조.

고 있다. 요컨대 신형법은 구법이 적절히 대응하지 못하였던, 재산범죄 분야에서 출현한 신종 지능범죄에 대한 효과적인 규율을 달성하기 위한 주요 수단으로서 신뢰침해죄를 주목하고, 그 처벌범위 확장 및 법정형 상향 등⁴⁸⁾을 통해서 위상을 크게 강화하는 방향으로 나아갔다고 평가할 수 있다.

제3항 회사재산남용죄의 형성과정

I. 구형법상 신뢰침해죄의 문제점

회사재산남용죄는 프랑스 구형법의 신뢰침해죄가 노정한 이사의 배임적 행위에 대한 처벌공백에 대응하고자 회사의 이사가 회사에 대해 행하는 재산의 유용 등 각종 배임적 행위를 처벌하기 위한 목적으로 도입되었다. 종래 이사의 배임행위에 대해 파기원이 프랑스 구형법 제408조에 열거된 위탁근거중 위임관계를 인정하여 신뢰침해죄를 적용⁴⁹⁾했음을 앞서 보았다. 그러나 위 조항은 일정한 동산만을 객체로 한정하여 부동산이나 무형의 가치에 대한 유용에 적용될 수 없었고, 신뢰침해죄의 행위태양인 유용은 객체와의 관계에서 주로 유형적인 사용행위로 관념되고 있었기 때문에⁵⁰⁾ 이사의 배임적 행위가 동산의 유용이라는 고전적 형태를 벗어나 다양한 형태로 급속하게 진화하던 20세기의 현실에 대처하지 못하는 중대한 난점이 있었다.⁵¹⁾ 또한 구형법 제408조는 위탁관계에 기해서 ‘인도’ 받아 보관하는 동산을 객체로 하는바⁵²⁾ 이사의 지위에서 곧바로 회사로부터 회사재산 일체를 인도받았다고 할 수 있는가에 대해

48) M. L. Rassat, 앞의 책, 220 및 227면.

49) R. Salomon, Les grand arrêts du droit pénal des affaires, 2018, 170면.

50) A. Atiback, L'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés, 2007, 10면.

51) 이사가 보유하는 법인명의 서명권한을 사용하여 개인채무를 법인명으로 보증하는 등 법인의 신용을 남용하는 경우처럼, 법인 재산의 ‘유형적’ 소비행위가 결여된 경우에 법원에서 신뢰침해죄 의율이 거절된 사례가 많아 학계의 강한 비판을 받았다. H. Donnedieu de Vabres, obs. RSC 1938. 719 (D. Rebut, 앞의 글, 단락 16에서 재인용); B. Bouloc, Abus de biens sociaux, Répertoire des sociétés, Dalloz, 2015 (Actualisation 2019), 단락 2; W. Jeandier, Abus de biens sociaux, JurisClasseur Penal, 2017 (Actualisation 2019) 단락 2.

52) Crim. 17 février 1949(행위자가 재물을 인도받은 사실이 없는 경우 신뢰침해죄 부정); M. L. Rassat, 앞의 책, 224면 주 2에서 재인용.

서 의문이 제기되었다.⁵³⁾ 그 밖에 구형법 제408조의 형량이 단순절도죄 또는 사기죄보다도 낮아 불법의 실질에 상응하는 처벌을 확보하지 못하는 것이 문제였다. 게다가 1930년대 초 프랑스는 극심한 경제혼란 속에 부패가 만연했다. 미국 대공황의 영향에 따른 인플레이션 및 불경기에 대응하고자 프랑스 정부는 프랑화저축 촉진 및 저축자금의 투자활성화를 모색하였다. 이를 위해서는 자금운용의 투명성 담보 및 시민의 신뢰 확보가 필수이었기에 운용사 임원의 부당한 자금유용에 대한 강력한 제재의 도입이 모색되었다.⁵⁴⁾

그러던 중 1933년 12월 프랑스 정가를 뒤흔든 스캔들인 ‘스타비스키(Stavisky) 사건’이 발생하여 시민들의 부패척결요구를 촉발하는 도화선이 되었다. 이 사건은 프랑스 바용(Bayon)시 금융은행(Bank Oustric) 회장 스타비스키가 부시장과 공모하여, 2억 프랑의 자금을 횡령하고 2천 5백만 프랑의 무기명채권을 위조 및 유통시킨 대형 부패사건이다.⁵⁵⁾ 사건의 여파로 동 은행이 파산했고, 피해를 입은 주주들이 파리 부르봉왕궁 앞에서 시작한 격렬한 항의집회는 단시간에 전국적인 대규모 시위로 확산되었다. 극심한 혼란을 타개하고자 정부는 1935. 6. 당초 저축촉진 목적으로 마련된 기업관련 부패범죄처벌을 위한 새로운 법률명령⁵⁶⁾을 서둘러 발표했고,⁵⁷⁾ 곧 이어 1935. 8. 8. 자 행정명령⁵⁸⁾으로

53) Bouloc, 앞의 글, 단락 2.

54) B. Bouloc, 앞의 글, 단락 4.

55) 파리 검찰의 수사결과 현직 법무장관이 연루되고 파리 시경 총감까지 스타비스키의 도피에 협력한 사실이 드러났다. 그러나 형사재판이 지연되던 중 스타비스키가 변사체로 발견되었다. 경찰은 서둘러 사인을 총기자살로 결론지었지만 검시결과에 비취적지않은 의문이 있었다. 성의 없는 수사가 시민의 분노를 샀고 연일 격렬한 시위가 발생하면서 그 무렵 총리에 취임한 É. Daladier가 취임후 불과 11일만에 퇴진하였다.

56) Décrets-lois promulgués en exécution de la loi du 8 juin 1935. 여기서 décret-loi는 프랑스 제5공화국 이전의 입법 관행이다. 특정 목적을 위해서 일정기간 내에 정부가 입법사항에 해당하는 조치를 취할 수 있도록 수권 받은 경우에 발령하는 것으로, 발령 후 정해진 기한 내에 승인법률안을 제출하여 의회의 승인을 받으면 법률로서 효력을 발생한다. 제5공화국 전까지는 널리 사용되었으나 위헌시비가 있었기에 프랑스 제5공 헌법에서 ‘ordonnance’로 헌법에 명문화하였다. 프랑스 법제를 개관한 국내 문헌으로 김동희, “프랑스의 행정입법제도에 관한 소고”, 서울대학교 법학 제23권 제4호, 1983. 12, 38 및 46-53면; 성낙인, “프랑스 사법제도의 특성에 비추어 본 헌법재판소의 구성”, 서울대학교 법학 제56권 제1호, 2015. 3, 74면; 정영조, “프랑스 법제의 특징”, 법제 (법제처 편), 2005. 5, 97면 등 참조.

57) A. Medina, *L'ABUS DE BIENS SOCIAUX; Le particularisme français a l'épreuve de l'Europe*, in *L'expérience française* (M. Veron 대표편집), 2003, 10면.

58) 공식명칭은 “이사의 형사책임 및 감사의 선출과 권한에 관하여 1867년 7월 24일 법

시행한 주식회사 및 주식합자회사에 관한 법률(loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés) 수정조항에 ‘회사재산남용죄(Abus des biens sociaux)’를 도입하기에 이르렀다.⁵⁹⁾

II. 회사재산남용죄의 성립

위와 같이 회사재산남용죄가 입법된 이후, 회사의 이사가 행하는 배임적 행위를 처벌함에 있어서는 사실상 신뢰침해죄보다 동 죄가 우선하여 적용되게 되었다. 회사재산남용죄는 1) 객체를 부동산 및 무형적 가치를 포함하는 회사의 ‘재산(biens)’으로 규정함으로써 종래 부동산 및 가치의 유용에 대한 신뢰침해죄의 처벌공백을 해결하고, 2) 회사의 재산에 대한 이사의 점유여부, 즉 회사로부터 그 재산을 인도받았는가를 불문하도록 함으로써 신뢰침해죄의 요건과 관련하여 발생한 논란을 입법적으로 해결하였다. 나아가 이사가 회사의 재정적 신용(credit)을 남용하는 행위, 보유 권한(pouvoirs)을 남용하는 행위 및 5) 의결권(voix)을 남용하는 행위까지 형사처벌 대상으로 규정하여, 다종다양한 이사의 배임적 행위형태

를 수정하는 행정명령(Décret modifiant la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés en ce qui concerne la responsabilité pénale des administrateurs et le choix et les attributions des commissaires)”이다.

- 59) 동 명령은 당시 시행된 ‘주식회사 및 주식합자회사에 관한 법률(1867. 7. 24. 제정)’에 특정 조항을 추가하거나 기존 조항을 다른 조항을 대체하는 형식을 취한다. 그 중 회사재산남용죄 도입에 관한 부분만을 소개하면 아래와 같다.

Décret modifiant la loi du 24 juillet 1867

Art. 1. — L'article 15 de la loi du 24 juillet 1867 est remplacé par les dispositions suivantes :

« Sont punis des peines portées par l'article 405 du code pénal, sans préjudice de l'application de cet article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie :

« 6° Les gérants qui, de mauvaise foi, ont fait des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, dans un but personnel ou pour favoriser une autre société dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement;

« 7° Les gérants qui, de mauvaise foi, ont fait des pouvoirs qu'ils possédaient ou des voix dont ils disposaient en cette qualité, un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts de la société, dans un but personnel ou pour favoriser une autre société dans laquelle ils étaient intéressés d'une manière quelconque.

Art. 2. — L'article 45 de la loi du 24 juillet 1867 est remplacé Par les dispositions suivantes :

« Les dispositions des articles 13, 14, 15 et 16 de la présente loi sont applicables en matière de sociétés anonymes, sans distinction entre celles qui sont actuellement existantes et celles qui se constitueront sous l'empire de la présente loi. Les dispositions desdits articles visant les gérants de sociétés en commandite par actions sont applicables aux administrateurs des sociétés anonymes.

를 거의 빠짐없이 규율할 수 있도록 행위태양을 크게 확장하였다.

회사재산남용죄는 1935년 도입된 이후 그대로 유지되어 오다가 1966. 7. 24. 상사회사법⁶⁰⁾ 입법 시 동 법에 편입되어 제425조 제4호(유한회사) 및 제437조 제3호(주식회사)에 각 규정되었다. 이후 상법전을 통합⁶¹⁾하는 과정에서 2000. 9. 19. 법률명령(Ordonnance⁶²⁾) 제2000-916호에 의해서 그 내용을 유지한 채 상법 L241-3조 제4호 및 L242-6조 제3호로 각 재편집 규정 및 시행되어 오늘에 이르고 있다. 이하에 각 조문을 소개하며 구체적인 해석은 항을 바꾸어 검토한다.

프랑스 상법 (Code de commerce)

제L241-3조⁶³⁾ 다음 행위는 5년의 금고와 375,000유로의 벌금에 처한다:

제4호: (유한회사의) 이사가 고의로 회사의 재산 또는 신용을 회사의 이익에 반하는 것을 알면서 개인적인 목적으로 또는 그가 직접적이나 간접적으로 이해관계 있는 다른 회사나 기업을 위하여 사용하는 행위

제5호: (유한회사의) 이사가 고의로 그가 갖는 권한 또는 의결권을 회사의 이익에 반하는 것을 알면서 개인적인 목적으로 또는 그가 직접적이나 간접적으로 이해관계 있는 다른 회사나 기업을 위하여 사용하는 행위

제L242-6조⁶⁴⁾ 다음 행위는 5년의 금고와 375,000유로의 벌금에 처한다:

제3호: 주식회사의 대표이사, 이사 또는 집행임원이 고의로 회사의 재산 또는 신용을 회사의 이익에 반하는 것을 알면서 개인적인 목적으로 또는 그가 직접적이나 간접적으로 이해관계를 갖는 다른 회사나 기업을 위하여 사용하는 행위

제4호: 주식회사의 대표이사, 이사 또는 집행임원이, 고의로 그가 갖는 권한 또는 의결권을, 회사의 이익에 반하는 것을 알면서 개인적인 목적으로 또는 그가 직접적이나 간접적으로 이해관계를 갖는 다른 회사나 기업을 위하여 사용하는 행위

60) 1966. 7. 24. 법률(loi) 제66-537호.

61) 상호 별개 법령으로 존재하던 상사회사법과 기타 상사관련 법령이 상법전으로 통합되었다.

62) 프랑스 제5공화국 이전의 입법 관행이었던 décret-loi를 헌법에 명문화한 것이다.

63) 원문은 다음과 같다.

Article L241-3

Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros :

4° Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou

제4항 회사재산남용죄의 해석론

프랑스에서 이사의 배임적 행위에 대해서는 원칙적으로 회사재산남용죄가 적용되며, 동 죄의 적용대상회사에 포함되지 않는 등 의율이 곤란한 경우에 신뢰침해죄가 적용된다. 양 죄 모두 적용이 활발하며⁶⁵⁾ 부패사건으로 유명인이 이들 범죄로 기소되거나 유죄판결을 선고 받은 대형 사건이 심심치않게 발생하여 세간의 집중적인 이목을 끌기도 한다.⁶⁶⁾ 다만 학계 등 일부에서는 그 남용을 경계하여야 한다는 비판적인 시각을 드러내는 것 또한 사실이다.⁶⁷⁾ 신뢰침해죄는 신형법에 의해 적용범위가

pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ;

5° Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou une autre entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement.

64) 원문은 다음과 같다.

Article L242-6

Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros le fait pour :

3° Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ;

4° Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement.

65) 프랑스 행정안전통계청(SSMSI; 행정안전부(ministère de l'intérieur) 산하기관]이 의회에 제출한 자료에 의하면, 사기·신뢰침해죄 사건(Escroqueries et abus de confiance)의 발생건수가 2013년에 184,532건이었던 것이 2018년에는 229,186건으로 증가하였고, 파산·회사재산남용 등 법인범죄사건(Banqueroutes, abus de bien sociaux et autres délits de société)은 같은기간 1,643건에서 1,748건으로 증가하였다[상기 각 통계자료는 <http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/rap-info/i1822.pdf>에서 확인 가능(최종확인일 2019. 9. 27.)].

66) 예컨대 1990년대 프랑스정가를 뒤흔든 국유 정유사 ELF사의 자금유용 관련 사건에 적용된 핵심 죄명이었으며, Roland Dumas(전 프랑스 헌법재판소장 및 외무부장관), Alain Juppé(전 프랑스 총리)등 유력인사가 동 죄로 기소되거나 유죄판결을 선고받아 정계를 떠났다. 또한 Jacques Chirac 전 프랑스 대통령은 파리시장 재직 시 소속당원을 파리시에 유령직원으로 채용하여 급여를 지급하는 수법으로 당원에게 자금을 공급한 사건에 관하여 동 죄의 수사대상에 오른바 있고, Nicolas Sarkozy 전 대통령의 최측근 역시 최근 동 죄로 유죄판결을 선고받았다.

크게 확대되었고 과거 회사재산남용죄의 입법을 촉발한 규율상의 공백은 크게 해소되었다. 그러나 실제상 이사의 배임적 행위의 대부분은 회사재산남용죄에 의하여 의율되므로, 이하에서는 회사재산남용죄를 중심으로 프랑스의 학설 및 판례를 개관하기로 한다.

1. 서설

회사재산남용죄는 일정범위 회사의 이사 등을 주체로 한정하고 있지만 회사의 재산 및 신용 이외에 이사가 보유한 권한이나 의결권까지 객체에 포함하며, 행위태양인 ‘사용’ 역시 의미가 광범위하기 때문에 처벌범위가 매우 넓다. 일각에서 경제활동의 자유를 침해한다는 비판이 제기되었고 2000년 이후 프랑스 내 경제관련 범죄의 비범죄화 흐름 속에서 동 죄의 합리적 개혁이 필요하다는 주장도 있었다.

그러나 경제영역에 관한 형벌규정 다수가 폐지되었음에도⁶⁸⁾ 회사재산남용죄에는 아무런 영향이 없었고, 오히려 법원은 동 죄의 적용영역을 계속하여 확장하려는 경향에 있다고 설명된다.⁶⁹⁾ 이는 다른 법률로 통제하지 못한 정치경제상의 각종 부패를 제재하는데 동 죄가 결정적인 역할을 수행함으로써 존재의의를 증명하여 왔기 때문이라고 한다.⁷⁰⁾ 그런 까닭에 프랑스에서 이를 폐지·개혁하려는 시도는 정당한 사법작용을 방해하거나 불법적 행위를 은닉하려는 의도의 표출로 취급받기도 한다.⁷¹⁾ 학계의 비판을 받는 넓은 처벌범위는 도리어 동 죄에 지속적인 규범력을 부여하는 원천이 되고 있다. 프랑스에서 회사재산남용죄의 요건은 프랑

67) 예를 들어 D. Rebut, 앞의 글, 단락 1.

68) 회사법상 여러 처벌규정을 삭제하는 개정(droit des sociétés du 15 mai 2001, du 1er avril 2003 et les ordonnances du 25 mars et 24 juin 2004) 이 있었다. D. Rebut, 앞의 글, 단락 7 참조. 회사재산남용죄는 Sarkozy 정부하에서 경제형법(droit pénal des affaires) 분야 개혁의 핵심 논제로 선정되어 Coulon 위원회에서 논의되었으나, 결국 아무런 변화 없이 유지하는 것으로 결정되었다. B. Bouloc, *La dépenalisation des délits financiers, mythe ou réalité?*, Revue de Jurisprudence Commerciale, 2015. 5, n.3, 1면. (<http://droit-et-commerce.org/medias/ConferenceDroitEtCommerce-08122014.pdf>에서도 확인가능, 최종확인일 2019. 9. 29.)

69) D. Rebut, 앞의 글, 단락 3; “형사부 판사는 끊임없이 회사재산남용죄의 적용한계를 확장하는 데에 진력한다(Le juge pénal s’échinait à repousser constamment les limites de l’application de l’abus de biens sociaux.)” .

70) 위의 글, 단락 5.

71) 위의 글.

스에서 범죄체계에 대한 통상적인 이해에 따라서 크게 객관적 요건과 주관적 요건으로 구분하여 설명됨이 일반적이다.⁷²⁾ 이하에서도 그에 따라 동 죄의 요건을 개관한다.

II. 객관적 요건

동 죄의 객관적 요건은 크게 주체, 행위 및 객체로 구분되며 결과발생을 요하지 않는다. 특히 객관적 요건이 갖는 극도의 포괄성이 특징이다.

1. 주체 : 일정범위 회사의 이사 등

유한회사 및 주식회사 이외에 다양한 종류의 회사에 대해서 본 죄가 적용된다. 명문규정 및 판례에 의하면 유한책임회사(SARL⁷³⁾), 주식회사(SA), 주식합자회사(SCA)를 비롯하여 그 밖에 주요한 회사유형⁷⁴⁾이 본 죄의 적용대상에 포함된다. 그러나 민사회사 및 법인격없는 기업⁷⁵⁾은 물론 외국회사(본점소재지 기준)⁷⁶⁾역시 원칙적으로 제외된다. 다만 1인회사(EURL⁷⁷⁾)에 대해서는 본 죄를 적용한다.⁷⁸⁾ 제외대상회사의 이사에게는 실무상 형법의 신뢰침해죄 적용이 검토된다.⁷⁹⁾

72) 프랑스에서 범죄의 요건은 통상 객관적(물적) 요건(Élément matériel)과 주관적(인적) 요건(Élément intentionnel)으로 구분하여 설명된다. P. Bouzat, *Theorie et Pratique de Droit Pénal*, Dalloz, 1951, 87-94면; B. Bouloc, *Droit pénal général*(26ed), Dalloz, 2019, 223-282면. 전자를 범죄의 물적·객관적 요소, 후자를 인적·주관적 요소로 번역한 일본의 문헌으로 島岡まな/井上宜裕/末道康之/浦中千佳央, *フランス刑事法入門*, 法律文化社, 2019, 21면 이하 참조.

73) 각 Sociétés à Responsabilité Limitée(유한책임회사), Sociétés Anonymes(주식회사), Sociétés en Commandite par Action(주식합자회사)의 약어이다.

74) Sociétés d'économie mixte(공사혼성자본회사; 우리의 공기업에 유사)등을 들 수 있다; 공사혼성자본회사의 의미에 대해서는, 김동희, “프랑스 공기업에 관한 연구”, 서울대학교 法學, 2002. 6. 117면 이하 참조.

75) Crim. 10 mai 1993, n°92-82.058; R. Salomon, 앞의 책, 149면.

76) 예외적으로 외국법인이 주요하거나 본질적 활동을 프랑스에서 영위한 때(Crim. 25 Juin 2014, n°13-84.445: 스페인의 본점이 paper company에 불과하고 실제로 프랑스에서 사업) 및 외국법인이 프랑스법인이 지분 과반수를 보유한 자회사인 경우(Crim. 31 janvier 2007, n°02-85,089/05-82,671; 이른바 Elf사건 판결) 본 죄 적용; 반면 영국법인 이사가 거주지인 프랑스에서 행위(Crim. 3 Juin 2004, n°03-80.593)한 경우 본점소재지 기준에 따라 적용 부정. B. Bouloc, *Abus de biens sociaux*, Repertoire des sociétés, Dalloz, 2015 (Actualisation 2019), 단락 22.

77) Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée의 약어로 유한책임회사(SARL)의 특수 형태이다.

78) Crim. 14 juin 1993, n°92-80.763; Crim. 20 février 2002, n°01-86.329.

2. 행위 : 사용

‘사용(usage)’은 본 죄의 실행행위이며⁸⁰⁾, 단순하지만 극히 포괄적인 용어로서 광범위한 확장성을 갖는다.⁸¹⁾ 이러한 포괄성은 본 죄의 4종의 객체(회사의 재산, 신용 및 이사의 권한, 의결권)에 대한 행위태양을 모두 포섭할 수 있도록 하려는 것이다.⁸²⁾ 실질적으로 이사 등의 경영상의 결정 및 그 실행은 그 자체가 이사 권한의 사용행위이거나 재산, 신용의 사용을 수반하므로 당연히 여기에 포함된다.⁸³⁾ 판례는 이사의 합병과정 주도행위도 이사 권한의 사용으로 인정한다.⁸⁴⁾

사용개념의 거의 유일한 한계로서 부작위가 문제되나, 파기원은 권한 및 재산에 대해서 부작위에 의한 사용도 인정하여⁸⁵⁾ 결국 행위정형에 특별한 한계는 없다고 할 수 있다. 부작위를 포함하는 판례는 학설로부터 문언의 한계를 넘었다는 비판을 받는다.⁸⁶⁾

3. ‘회사의 이익’에 반하는 사용

본 죄는 회사에 대한 손해 발생을 요건으로 하지 않는 점이 특색이다. 대신에 본 죄는 객관적 요건으로서 이사 등의 행위가 ‘회사의 이익’에 반할 것을 규정한다. 이하에 보듯 파기원은 그 의미를, 행위자의 행위가 회사를 ‘노출되어서는 안되는 위험에 노출’시키는 것으로 해석한다. 이에 따르면 동 죄는 위험범의 성격을 갖게 된다.

79) 한편 1966년 상사회사법 제463조는 사실상 이사에 대한 회사재산남용죄 적용을 명시하는바 ‘사실상 이사’의 의미가 활발하게 논의된다. 동 조의 원문은 다음과 같다.

“Les dispositions du présent chapitre visant le président, les administrateurs ou les directeurs généraux de sociétés anonymes et les gérants de sociétés en commandite par actions seront applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion desdites sociétés sous le couvert ou au lieu et place de leurs représentants légaux.”

80) B. Boulloc, 앞의 글, 단락 61.

81) 적용상의 한계가 거의 없는 대신에, 반박이 불가할 정도로 명확히 의미를 확정하는 것은 불가능하다고 한다. D. Rebut, 앞의 글, 단락 20, 21, 27.

82) D. Rebut, 앞의 글, 단락 20 및 21.

83) D. Rebut, 앞의 글, 단락 29.

84) Crim. 10 juillet 1995, n°94-82.665(총회결의를 거친 합병형 LBO 사안에서 회사재산남용죄 성립 긍정).

85) 권한불행사 사안으로 Crim. 15 mars 1972; 부작위에 의한 재산사용 사안으로 Crim 28 janvier 2004, n°02-88.094.

86) B. Boulloc, 앞의 글, 단락 61.

이사가 회사의 재산 및 신용, 또는 자신의 권한 및 의결권을 ‘사용’ 하는 행위의 가별성이 인정되려면, 그러한 사용이 ‘회사의 이익’에 반하는 것이어야 한다.⁸⁷⁾ 그러나 법률에 그 정의나 단서가 없고 판례도 적극적인 정의를 하고 있지 않아 그 의미에 대한 논의가 쉽지 않다.⁸⁸⁾ 이에 대해서는 실질적으로 그 판단을 개별사건에서 법원의 역할에 맡긴 것이라는 평가가 있지만⁸⁹⁾ 그것이 범죄구성요건의 실질적 핵심인 이상 최소한의 개념정립이 필요하다는 점이 지적된다.⁹⁰⁾

‘회사의 이익’이라는 표현을 요건으로 정한 취지에 관하여는, 사실 최초부터 그 정의나 어떤 적극적 개념설정이 전제되지 않았다고 한다.⁹¹⁾ 단지 ‘회사의 목적’이라고 규정할 경우 목적범위 외의 행위가 회사의 이익이 될 때에도 처벌대상으로 되어 부당하고, 또한 (인적·유한회사의) 사원 또는 (주식회사의) 주주의 이익과 구별하기 위해 이를 채택했다는 것이므로⁹²⁾ 입법취지에서는 적극적인 의미가 추적되지 않는다. 학설에서도 회사의 이익의 의미에 관하여 의견이 일치되지 않는다. 종래에 이를 각 파트너가 보유한 개별적 이익의 총합으로 파악하는 전제에서, 이는 지분다수결이 적용되는 문제이기 때문에 총회가 결정한다고 주장되기도 하였다.⁹³⁾ 그러나 회사는 설립된 이후에는 주주 등과 독립한 인격체이므로 주주 등의 이익과 관계없는 독자적 이익을 향유함이 대체적인 견해이다. 다만 더 나아가 적극적인 의미의 규명이 시도되기보다는, 주로 구체적 사안에서의 파기원의 판시에 대한 유형적 설명이 제시되고 있다.

파기원은 ‘회사의 이익’을 주주의 이익 및 사원의 이익과 구별되는 회사 고유의 이익으로 판시한다.⁹⁴⁾ 그러나 회사의 이익 및 그에 반한다

87) D. Rebut, 앞의 글, 단락 14.

88) B. Bouloc, 앞의 글, 단락 75; D. Rebut, 앞의 글, 단락 32.

89) R. Salomon, 앞의 책, 170면; J. Schapira, *L'intérêt social*, RTD com. 1971, 970면(B. Bouloc, 앞의 글, 단락 76에서 재인용).

90) D. Rebut, 앞의 글, 단락 32.

91) D. Rebut, 앞의 글, 단락 33.

92) J. M. Verdier, *L'abus de mandat social*, Le droit pénal spécial des sociétés anonymes, 1955. 181면(D. Rebut, 앞의 글, 단락 33에서 재인용).

93) G. Sousi, *The social interest in the French law of commercial companies*, 1974, thesis, Lyon, 337면(D. Rebut, 위의 글에서 재인용).

94) 이하 IV. 항 (피해자 본인의 동의) 참조.

는 것의 실질이 무엇인가에 대한 언급 없이, 개별 사례마다 특정한 사실 관계 하에서 회사의 이익에 반하는가 여부를 구체적으로 판단한다. 학설에서는 축적된 판례를 바탕으로 판례가 실시한 회사의 이익 판단기준의 유형화를 시도한다. 그것은 크게 ① 회사재산 등 사용에 대한 대가(반대급부)의 결여 및 ② 회사 또는 그 재산이 ‘노출되어서는 안 되는 위험(risque (de perte) auquel il ne devait pas être exposé)’⁹⁵⁾에 노출된 경우의 두 유형으로 대별된다.⁹⁶⁾ 그러나 후자는 넓게 볼 때 전자를 포함한다고 할 수 있다. 즉 전자는 후자의 가장 전형적인 사례이다.

우선 반대급부의 결여에 관하여, 반대급부는 사용된 재산과 성질을 달리하는 것이어도 무방하다.⁹⁷⁾ 반대급부의 존부 판단은 사용행위시를 기준으로 하나, 사용행위에 연하여 즉각적으로 획득될 필요는 없고 충분한 시간을 두고 평가된다.⁹⁸⁾ 반대급부 결여로 인정되는 구체적 유형으로는, 이사가 회사재산을 사유화하거나 사적 비용으로 사용⁹⁹⁾한 경우, 회사로부터 자금 차용¹⁰⁰⁾ 또는 대여금총액을 초과한 환수¹⁰¹⁾, 실제 역무를 제공하지 않은 임원에 대한 보수지급¹⁰²⁾, 비자금 조성 및 사용¹⁰³⁾, 다른 회사에 대한 이익제공 등이 제시된다.

다음으로 회사 또는 그 재산이 ‘노출되어서는 안 되는 위험(risque auquel il ne devrait pas être exposé)’에 노출되었는가는 과기원이 이사의

95) Crim. 16 décembre 1975: n°75-91.045; Crim. 10 novembre 1964, n°64-90.071; Crim. 24 mars 1969, n°67-93.577; Crim. 8 décembre 1971, n°70-93.020 등.

96) D. Rebut, 앞의 글, 단락 38.

97) 예컨대 사용된 재산이 금전 등 유형자산인 반면 반대급부가 용역 같은 무형의 이익인 경우이다.

98) D. Rebut, 앞의 글, 단락 41.

99) Crim. 13 décembre 2000, n°99-82.875(대표이사 개인의 경비용역비용을 반대급부 없이 회사에 전가); CA Amiens, 11 juillet 1962(이사 개인에 대한 소송의 방어비용을 회사에 전가: W. Jeandidier, 앞의 글, 단락 37에서 재인용) 등.

100) 이른바 “Comptes courants”. 다만 프랑스 상법은 회사가 그 이사에 대해 대출하는 것을 규제하는바(제223-21, 225-41, 225-91조) 판례는 이러한 금지규정에 위반한 경우에 곧바로 본 죄 성립을 인정하는 경향이다. D. Rebut, 앞의 글, 단락 46.

101) Crim. 19 octobre 1978, n°77-92.742; Crim. 31 mai 2006, n°05-86.635 등

102) Crim. 28 mars 1996, n°95-80.395(이사가 실제로 전혀 활동한바 없는 전 대표이사에게 회사돈으로 보수 지급).

103) 오직 회사의 이익을 위해서 사용한 경우 본 죄가 성립하지 않는다고 한다. Crim. 29 juin 2016, n°15-84.228, Rev. sociétés 2017. 307, note B. Bouloc.

행위가 회사의 이익에 반하는가를 판단하는 기준으로, 많은 판례들에서 판단기준으로 직접 명시¹⁰⁴⁾된바 있다. 이 기준은 과거 회사재산남용죄가 입법되기 전 구형법의 신뢰침해죄에서 이미 범죄성부의 기준으로 제시된 바 있었으나 법률에 근거가 없다는 비판을 받았다. 회사재산남용죄는 ‘회사의 이익’에 반한다는 요건을 신설함으로써 이러한 해석에 대한 명문의 근거를 확립했다고 평가된다.¹⁰⁵⁾

이것은 ‘시장의 특성에 본원적으로 내재하는 위험(risque inhérent à la nature du marché)’¹⁰⁶⁾과 구별되는 ‘비정상적 위험(risque anormal)’으로, 행위에서 추구된 위험이 기대이익과의 관계에서 명백하게 불균형하거나 불필요한 때 인정된다.¹⁰⁷⁾ 파기원은 이러한 ‘위험’을 사용 즉시 발생한 재산적 위험에 한정하지 않고, 법령에 위반한 이사의 행위로 회사가 향후 법적제재를 받을 위험이 발생한 경우까지 여기에 포함한다.¹⁰⁸⁾ 판단 시점은 행위시를 기준으로 하며 사후의 결과는 고려되지 않는다. 따라서 일단 행위 시에 비정상적 위험이 발생하였다면 실제 손해의 결과로 실현되지 않더라도 요건을 충족한다.¹⁰⁹⁾ 반면에 행위 시에 이런 위험이 발생하지 않았다면 더 이익인 행위를 기대할 수 있었다거나 결과적으로 손해가 발생했더라도 이를 문제삼지 않는다. 비정상적 위험에의 노출이 문제되는 유형으로 회사 신용의 남용¹¹⁰⁾, 경영상의 결정¹¹¹⁾, 법령에 위반한 재산사용¹¹²⁾, 과도한 보수지급¹¹³⁾ 등이 제시된다.¹¹⁴⁾

104) Crim. 10 novembre 1964, n°64-90.071; Crim. 3 mai 1967, n°66-92.965; Crim. mars 1969, n°67-93.577; Crim. 16 mars 1970, n°68-90.226; Crim. 16 décembre 1975, n°75-91.045의 다수; W. Jeandidier, 앞의 글, 단락 30에서 재인용.

105) D. Rebut, 앞의 글, 단락 56.

106) Crim. 16 janvier 1989, n°87-85.164 등.

107) D. Rebut, 앞의 글, 단락 61. 다만 파기원은 그 개념을 명확히 정의하고 있지 않다.

108) 이에 대해 일부에서는 재산에 대한 죄의 성격을 왜곡하므로 회사재산 사용에 따라 즉각적으로 발생하는 위험에 한정되어야 한다는 비판이 제기된다. B. Bouloc, 앞의 글, 단락 94.

109) Crim. 16 janvier 1989 n°87-85.164; D. Rebut, 앞의 글, 단락 64.

110) Crim. 10 mai 1955, Bull. Crim n°234(이사 개인채무를 회사가 보증케 한 사안: B. Bouloc, 앞의 글, 단락 65 및 D. Rebut, 앞의 글, 단락 67에서 재인용).

111) Crim. 6 octobre 1980, n°79-93.802(사실상 휴면회사가 이사 보수지급을 위하여 고리자금을 차용한 사안: W. Jeandidier, 앞의 글, 단락 41에서 재인용).

112) Crim. 27 octobre 1997, n°96-83.698 등.

113) Crim. 9 mai 1973, n°72-93.501(이사 보수지급이 회사의 재정능력을 초과한 사안).

114) 위험의 정도에 대하여 위험이 중대하고 비정상적일 것을 요하는 견해(D. Marty, Droit pénal des Affaires, 2000, 349면; W. Jeandidier, 앞의 글, 단락 31에서 재인용)가

한편 프랑스 회사재산남용죄는 우리나라나 독일, 일본의 배임죄와 달리 행위자가 임무나 의무에 위배했다는 구성요건을 사용하지 않는바¹¹⁵⁾, 동 죄에 관한 논의에서 이사의 (사법상) 의무이행과 관련한 특별한 논의는 찾기 어렵다. 이것은 회사의 이익 판단이 기본적으로 행위시에 현실적으로 발생할 수 있는 손해 및 기대이익을 산업 및 상거래적 관점에서 유연하게, 실용적으로 수행된다는 프랑스 실무의 관점¹¹⁶⁾과 맞닿아 있다고 본다. 다만 법령에 위반하여 현실적으로 회사재산을 지출한 행위에 대해서는 회사재산남용죄 성부가 비교적 활발하게 논의되고 있다. 최근 판례는 이를 긍정하는 경향이다.¹¹⁷⁾

더하여 행위의 절차나 과정(이른바 정보의무) 등 준수여부 역시 본 죄 성부와 관련하여 활발한 논의가 전개되고 있다고는 보기 어렵다. 다만, 판례는 사안에 따라서, 예컨대 절차를 거쳤는가 여부가 급부와 반대급부의 불균형을 낮추는 데에 직결될 수 있는 경우에는 회사재산남용죄 성립 여부 판단에 절차의 준수여부를 고려하고 있다.¹¹⁸⁾

학설과 판례는 모두 행위시점을 기준으로 한 판단을 강조하여 단순한 경영실패의 사례를 처벌범위에서 배제하고자 한다. 그러나 앞서 보았듯 반대급부 결여 여부는 충분한 시간을 두고 판단된다는 것이 학설과 판례인바, 관념적으로는 양 자의 논리가 명확하게 구별될 수 있더라도 실제

주장된다.

115) 민사 과실(faute de gestion)에서와 달리 회사재산남용죄의 담론에서 충실의무(devoir de loyauté)나 정보의무(devoir d'information)등에 관한 문제는 활발히 논의되지 않는 듯하다.

116) R. Salomon, Les grand arrêts du droit pénal des affaires(2018-2019ed), 2018, 172면(“à défaut d’une définition de l’intérêt social donnée par la loi, la jurisprudence a opté pour une démarche souple et pragmatique. Elle recherche à qui a profité l’acte et le replace dans son contexte industriel et commercial, afin de l’examiner tant au regard du préjudice qu’il risquerait de faire supporter à la société que des avantages que celle-ci peut en attendre”) 및 G. Mathieu, *L’acte contraire à l’intérêt social en matière d’abus de biens sociaux*, Gazette du Palais, 2002, 1045면.

117) 후술 제4장 제3절 제2항 III. 참조.

118) 예컨대 Crim. 14 janvier 2009 n°08-80.684; Rev. sociétés 2009, 169면, note B. Bouloc (행위자가 그가 대표이사로 재직하는 회사로 하여금 자신이 이해관계를 갖는 다른 회사가 보유하는 타 업종 영위 회사의 주식을 매수하게 한 사안에서 주식매입가격의 적정성 여부에 다툼이 있었으나, 시너지효과 등 거래의 결과에 관한 평가나 연구가 전혀 수행된바 없음을 고려하여 회사재산남용죄 성립을 긍정함).

판단에서 양자의 분리가 완전히 관철될 수 있는가에는 의문이 있을 수 있을 것이다. 학설에서는 회사의 이익에 반하는가에 관한 판단에 내재될 수 있는 불명확성의 문제를 지적하면서 이하에 살펴볼 사적 이익 요건을 통한 가벌성 제한을 강조하는 견해도 있다. 그러나 판례는 사적 이익 요건을 넓게 해석하여 그 필터기능을 완화하고 있는 입장이다. 이어서 검토하기로 한다.

4. ‘사적 이익’ 을 향한 사용

이사의 행위에 본 죄가 성립하기 위해서는, 그것이 회사의 이익에 반하는 동시에 사적인 이익을 향할 것이 요구된다. 경제활동에는 본질적으로 손해발생의 위험이 내재한다. 따라서 이사의 행위가 회사에 손해를 발생시켰거나 또는 그에 이르지 않지만 회사의 이익에 반한 때에 그것이 단순히 무능에 기인한 경우에는 민사책임의 발생과 별도로 형사책임을 부담하지는 않는다.¹¹⁹⁾ 그러나 이사의 행위가 사적 이익을 향한 행위인 경우에는 민사책임 이외에 별도로 형사책임을 부담하며¹²⁰⁾ 이러한 의미에서 ‘사적 이익’ 은 본 죄의 불법을 형성하는 동시에, 이사의 행위에 대한 민사불법과 형사불법의 경계를 설정한다고 평가할 수 있다.

한편 앞서 보았듯 파기원은 이사의 행위가 회사의 이익에 반하는가의 판단에 관하여 노출되어서는 안되는 위험에의 노출을 기준으로 제시하나, 이는 다소 추상적이어서 그 적용에 적지 않은 불확실성이 내재한다.¹²¹⁾ 따라서 형사처벌 여부를 오직 이 기준에 맡기는 경우 경영활동에 본질적으로 내재하는 위험과 구별이 쉽지않고 수범자의 예측가능성을 저해하며, 사경제영역에 과도한 개입이 초래될 뿐 아니라 법원의 부담도 가중된다. 이에 프랑스의 학설은 ‘사적 이익’ 요건이 위험평가의 불확실성을 보완하고 경영활동에서 위험기피를 방지하며, 경제 영역에 대한 법원의 과도한 개입을 제어하는 장치로서 가치가 있음을 강조한다.¹²²⁾

119) B. Bouloc, 앞의 글, 단락 104.

120) 위의 글, 단락 104.

121) D. Rebut, 앞의 글, 단락 58.

122) 경제활동 참여자들이 겁에 질려 경제활동이 마비되는 일이 없도록 하려는 것이라고 한다. J. M. Verdier, L'abus demandat social, Le droit pénal spécial des sociétés anonymes, 1955, 210면 (D. Rebut, 같은 글, 단락 58에서 재인용).

본 죄에서 사적인 이익 요건의 체계상 지위에 대해서는 학설에서 의견이 일치하지 않으며 주관적 요건으로 보는 견해와 객관적 요건으로 보는 견해가 병립한다. 우선 주관적 요건으로 설명하는 견해는 사적인 이익의 추구를 주로 특별고의(dol spécial)¹²³⁾로 파악한다.¹²⁴⁾ 사적인 이익을 위한다는 것은 자신의 행위가 지향하는 궁극적 결과를 인식 및 의도하는 내심의 상태인데, 객관적 요건에서 결과발생이 요구되지 않기 때문에 (사익추구와 같은) 결과를 지향하는 의사는 일반고의(dol général)¹²⁵⁾가 아닌 특별고의로 이해된다는 것이다.

이에 반하여 객관적 요건이라는 견해는 사적 이익의 추구를 정신적 요소가 아니라, 본 죄의 가벌성이 인정되는 이사의 행위가 구비해야 할 속성의 하나로 파악한다.¹²⁶⁾ 즉 이사의 행위가 회사의 이익에 반하는 것과 동시에 사적 이익을 향하는 속성을 지녀야 한다는 것이다. 1935년 최초 입법 당시 본 죄는 문언상 ‘이사가..... 사적인 목적으로’ 행위한 경우에 본 죄가 성립하도록 규정하였으나¹²⁷⁾, 현재의 문언은 그와 달리 ‘이사’가 아닌, ‘이사의 행위’가 사적인 이익을 향할 것을 요구함을 논거로 한다.¹²⁸⁾ 프랑스의 현행 규정에는 후자가 보다 부합하는 것으로 보인다.

123) 프랑스 형법상 특별고의는, 이하 주 158)의 일반고의와는 구별되는 주관적 요소로서 해할 의사(dessein de nuire), 사해의사(intention frauduleuse)등으로 표현된다. 객관적 요소가 아닌 것을 대상으로 하는 주관적 요소라는 점에서 우리 형법의 초과주관적 구성요건요소에 비교될 수 있다. 예를 들어 절도죄(제311-3조)의 성립에는 절취행위 자체에 대한 인식과 의사 뿐 아니라 소유자에 반환하지 않겠다는 사해의사(intention frauduleuse)가 요구되는데, 법문(제311-1조)에 이것이 표현되어 있는 점에서 우리 절도죄의 불법영득의사가 불문의 해석상 요건으로 논의되는 것과 비교된다. 문서위조죄(제441-1조)역시 위조 자체에 대한 인식 및 의사 외에 손해를 야기할 의사(la volonté de causer un préjudice)를 요구하고 법문에 이 점이 표현되어 있는바, 우리 형법의 문서위조죄가 행사할 목적을 명시적 요건으로 규정한 것(형법 제225조 이하 참조)에 비교된다.

124) D. Rebut, 앞의 글, 단락 129, 144; R. Salomon, 앞의 책, 183면.

125) 범죄의 객관적 요건 및 행위의 위법성에 대한 인식적 요소와 결과발생에 대한 의사적 요소를 내용으로 하는 주관적 요소이다. 일반고의와 특별고의의 의미 및 양자의 비교에 대해서는, B. Bouloc, Droit pénal général(26ed), 2019, 263면 참조.

126) B. Bouloc, 앞의 글, 단락 102-104; J. M. Verdier, 앞의 책, 211면(B. Bouloc, 앞의 글, 단락 102에서 재인용).

127) B. Bouloc, 앞의 글, 단락 102.

128) 이 견해는 사적 이익 요건을 본 죄의 행위에 관한 요소로 이해하면서 후술할 로젠블룸 판결 법리를 사적 이익에 관한 것으로 위치짓는바(위의 글, 단락 118 이하), 이를 관철하면 로젠블룸 판결의 요건 충족 시 궁극적으로 본 죄의 행위요건을 부정

그러나 사적인 이익 개념이 의도한 가치에 부합하는 기능을 실제로 수행하는가에 대해서는 회의적인 시각이 많다. 이는 파기원이 재산과 관련된 유형적인 이익을 넘어서 재산과는 무관한 무형의 이익¹²⁹⁾의 추구에까지 사적인 이익을 광범위하게 인정하고 있기 때문이다. 파기원은 법문에서 사적인 이익의 유형에 아무런 한정을 가하지 않음을 논거로 제시한다.¹³⁰⁾ 이에 대해 학설은 판례가 사적인 이익 개념을 “희석화” 하고 있거나 실효성을 상실하고 있다는 등 강한 비판을 가하고 있다.¹³¹⁾ 하지만 사적인 이익을 광범위하게 인정하는 파기원의 노선은 이렇다 할 변화 없이 견지되고 있다.¹³²⁾ 학설은 사적인 이익 요건에 많은 기대를 부여하고 있기에, 판례에 대한 학설의 비판은 계속될 것으로 보인다.

Ⅲ. 주관적 요건 : 고의 (dol général)

법문은 이사의 행위가 ‘악의(Mauvaise foi)’에 의할 것을 요구하나¹³³⁾, 학설과 판례는 이를 실질적으로 고의와 동일한 의미로 해석한다. 본 죄의 고의는 인식(Connaissance) 및 의사(Volonté)의 두 가지 요소로 구성된다. 고의인 인식 및 의사는, 행위자인 이사가 본 죄의 객관적 요소 및 행위의 위법성을 인식¹³⁴⁾하면서 이를 의도하는 것을 내용으로 한다. 그러나 실제 인식과 의사를 구별하고 있는 판례는 찾아보기 어렵다.¹³⁵⁾ 오히려 판례는 단순히 회사의 이익에 반하는 점에 대한 인식만으로 고의를 인정하고¹³⁶⁾ 이사 행위의 사익추구성이 명확한 경우에 그로부터 고의를

하는 논리로 귀결될 여지가 있다고 본다.

129) 예컨대 이사 자신 및 가족의 평판에 대한 악영향의 방지 역시 본 죄의 사적 이익에 포함된다. Crim. 3 mai 1967, n°66-92.965.

130) Crim. 16 février 1971, n°69-90.205(B. Bouloc, 앞의 글, 단락 110에서 재인용).

131) D. Rebut, 앞의 글, 단락 151.

132) 심지어 사적인 이익 추구를 단지 묵시적으로만 판단하는 판례도 적지 않다고 한다. D. Rebut, 앞의 글, 단락 142.

133) 법문에는 ‘악의’로 명시되어 있으나, 학설은 이를 일반고의(dol général)와 동일한 의미로 해석한다. B. Bouloc, 앞의 글, 단락 127~131; D. Rebut, 앞의 글, 단락 131-136; J. F. Renucci et M. Cardix, L’abus de biens sociaux, 1998, 42면.

134) B. Bouloc, Droit pénal général(26ed), Dalloz, 2019, 253면; Crim. 19 juin 1978: n°77-92.750.

135) D. Rebut, 앞의 글, 단락 137.

136) Crim. 8 février 1968, n°66-92.799; Crim. 28 mars 1996, n°95-80.395 등. 다만 고의에 대한 묵시적인 판단조차 없이 아무런 언급이 없는 유죄인정은 위법하다는 판례로, Crim. 23 juillet 1985; Crim 16 février 1987; Crim 22 octobre 1990, n°89-85.019 등; B.

추론¹³⁷⁾하는 경향이 있는 등 고의 인정에 엄격성을 요구하지 않는 경향이다. 확설 역시 이사행위의 은폐같은 투명성 결여나 회계장부 조작 등 사실로부터 고의를 인정할 수 있다고 한다.¹³⁸⁾

IV. 피해자 본인의 동의

회사재산남용죄에서 피해자인 본인의 동의는 효과가 없다고 설명된다. 이러한 설명에의 접근방식은 크게 두 가지 형태로 나타난다. 우선 회사의 이익에 대한 판단권한의 문제로 설명하는 방식이다. 파기원은 문제된 이사의 행위가 회사의 이익에 반하는가를 평가하는 것은 오로지 법원의 권한이라고 판시한다.¹³⁹⁾ 따라서 회사의 주주(사원)총회, 이사회 등 회사의 기관이 이사의 행위를 사전에 동의 또는 사후에 승인하더라도 범죄의 성부에 영향이 없다는 것이다.¹⁴⁰⁾

한편 이를 설명하는 다른 방식으로서 본 죄의 보호법익을 통한 설명이 제시되기도 한다. 이사의 행위에 유한회사총회가 동의한 사안에서 파기원은 이 죄가 사원, 회사의 이익 및 회사와 거래관계에 있는 제3자의 이익도 보호하는 규정이기 때문에, 총회의 동의는 행위의 가벌성에 영향이 없다고 판시하였다.¹⁴¹⁾ 이것은 1인회사의 이사에게도 동 죄가 성립¹⁴²⁾될 수 있는 이유이기도 하다. 또한 파기원은 합병의 최종 승인권한을 주주총회가 보유하고 총회에서 이를 승인했다고 하더라도 합병을 주도한 이사행위의

Bouloc, 앞의 글, 단락 132 및 D. Rebut, 앞의 글, 단락 140에서 재인용.

137) Crim. 5 novembre 1976, n°75-93.383; Crim. 19 juin 1978, n°77-92.750; Crim. 10 juillet 1995, n°94-82.665 등. 이 점에 대한 지적으로 B. Bouloc, 앞의 글, 단락 132 및 D. Rebut, 앞의 글, 단락 142.

138) 예컨대 W. Jeandidier, 앞의 글, 단락 74.

139) Crim. 3 mai 1967, n°66-92.965. 이에 동의하는 문헌으로 위의 글, 단락 37.

140) Crim. 12 décembre 1994, n°94-80.155.

141) Crim. 5 novembre 1963, n°62-90.643; Crim. 8 mars 1967, n°65-93.757; 또한 유한회사 총회에서 이사에 대해 회사의 재정능력을 초과하는 과도한 보수지급을 허용했다더라도 회사재산남용죄 성립이 긍정된다는 판례로는 Crim. 19 Octobre 1971, n°70-90.661. 한편 본 죄에서 주주 또는 사원의 이익에 대한 고려의 소송법적 측면에 대해서는 A. Dekeuwer, “Les intérêts protégés en cas d’abus de biens sociaux”, JCP E, 1995, 500.

142) Crim. 20 février 2002. n°01-86.329; Rev. sociétés 2002, 546, note Bouloc(1인회사(EURL)의 대표가 배우자의 뒷조사를 위한 탐정비용을 회사비용으로 지출한 사안); Crim. 14 juin 1993, n°92-80.763(1인회사에 적용을 긍정하면서도 법인채무변제에 대해서 본 죄 성립 부정).

가별성에 아무런 영향이 없다고 판시한다.¹⁴³⁾

상기 두 가지 설명은 병용되기도 한다. 다만 전자의 경우 판단의 대상 및 주체(권한)의 문제가 명확히 구분되지 않았다고 볼 여지도 있어 후자의 설명이 보다 간명한 것으로 생각된다. 또한 후자는 회사재산남용죄의 입법체계와도 부합할 수 있다. 프랑스에서 이에 대한 논의가 활발해 보이지는 않지만 동 죄는 형법의 신뢰침해죄와 별도로 상법전에 규정되어 있는바, 재산귀속주체인 회사 이외에 상법이 전형적으로 예정한 이해관계자의 범익을 고려하기에 보다 적합한 체계를 갖고 있기 때문이다.¹⁴⁴⁾

제5항 검토

이상의 논의에 따라 프랑스 회사재산남용죄가 갖는 특징 및 우리 임무위배행위 해석에 주는 시사점을 정리하면 아래와 같이 요약될 수 있다.

첫째, 프랑스 회사재산남용죄의 객관적 요건은 ‘회사의 이익에 반하는 회사재산, 신용, 이사의 권한, 의결권의 사용’으로서, 비교대상 주요국의 배임적 행위 처벌규정 중에서 행위정형이 가장 포괄적이며 객체의 범위도 가장 넓다. 나아가 회사에 대한 손해발생조차 요하지 않는 위험범이기 때문에, 결과불법에 의한 가별성 제한기능도 설정되지 않는다. 이에 따라 처벌범위의 광범위성을 제한할 필요성이 크며, 이는 파기원리로 젠블롬 판결에 의하여 정당화사유를 전개하게 된 배경이 되었다.

둘째, 회사의 이익에 반하는가 여부의 판단과 관련하여, 법문이나 판례에서 회사의 이익의 적극적인 정의 또는 판단기준은 제시되고 있지 않다. 다만 판례는 그 판단에 관하여 회사가 노출되어서는 안되는 위험에 노출되었는가를 기준으로 제시한다. 급부와 반대급부 간 불균형은 이러한 위험을 발생시키는 가장 전형적인 사례이며, 판례는 장래 법적 제재를 받을 위험도 여기에 포함한다. 다만 시장에 본질적으로 내재하는 위험은

143) Crim. 10 juillet 1995, n°94-82.665.

144) 일본에서 이를 지적하면서 배임죄와 특별배임죄의 본질을 동일하게 취급하는 현 일본 특별배임죄 운용을 비판하는 견해로, 京藤哲久, “もう一つの背任罪 ―フランスの会社財産濫用罪が示唆するもの―”, 変動する社会と格闘する判例・法の動き, 渡辺咲子先生古稀記念, 信山社, 2017, 172면 이하.

여기의 위험에서 배제되며, 이를 초과하는 위험을 창출한 경우에 회사의 이익에 반하는 것으로 인정된다. 사적 이익 요건의 판단이 희석되어 있기 때문에 실질적으로 회사의 이익 요건의 판단이 동 죄 성립에 결정적 이고, 본 죄에 관한 파기원 판례도 객관적 요건을 적극적으로 판단한다.

셋째, 객관적 요건의 광범위성 제한을 위해 학설은 사익추구 요건을 강조한다. 학설은 동 요건을, 주관적 요건중 특별고의로 보는 견해와 사 용행위의 성격을 나타내는 객관적 요건으로 보는 견해가 주장되고 있다. 판례는 사적인 이익 요건의 의미를 크게 확장하고 회사의 이익과 사적 이익의 양립시에도 동 죄를 인정하여 기능을 희석시키고 있기 때문에 학 설의 비판을 받는다. 다만 사적인 이익이 행위자 자신 또는 이해관계 있 는 제3자에 대한 것이어야 하며, 특히 제3자와 직접·간접적 이해관계가 입증되지 않은 경우 동 죄 성립이 부정된다. 프랑스 회사재산남용죄에서 사적인 이익 요건은 동 죄의 이윤범적 성격을 반영하면서도 성립범위를 제한하는 기능을 수행하는바, 우리 배임죄에서도 제3자에게 이익을 취득 하게 하는 사례에서는 이러한 점이 참고될 수 있다고 본다.

제2절 독일의 배임죄

제1항 서 설

독일에서 배임죄는 산업화된 사회에 나타나는 ‘소유와 경영의 분리’ 로 상징되는 재산의 권리자와 관리자의 분화현상 속에서, 관리자를 통한 경제활동 시 관리자가 내적 의무에 위반하여 권리자의 재산을 침해하는 행위를 의율하는 범죄로서 경제활동을 보장하는 수단으로 발전하였다고 할 수 있다.¹⁴⁵⁾ 대기업이 경제현실에서 지배적인 경제조직으로 됨¹⁴⁶⁾에 따라 경제관련 범죄의 중심이 강도, 절도 등 전통적 재산죄로부터 후기

145) 이용식, “대물변제예약 부동산의 이중매매와 배임죄의 형사불법적 구조”, 형사판례 연구 [23], 박영사, 2015, 229면 이하.

146) Schünemann, *Der Straftatbestand der Untreue als zentrales Wirtschaftsdelikt der entwickelten Industriegesellschaft*, FS für Frisch, 2013, 839면.

산업사회의 특징적인 범죄로서의 ‘경제범죄’로 이동하였고, 이제 질적으로 전자를 압도하게 되었다고 설명된다.¹⁴⁷⁾ 그 중에서도 타인재산의 배임적 관리를 불법의 본질로 하는 배임죄는 ‘경제범죄의 중심’¹⁴⁸⁾으로 지칭되고 있다. 프랑스 및 일본의 경우 형법에 재산에 관한 배임적 행위를 처벌하는 일반 규정을 두고 이사에 대해서는 상법이나 회사법에 별도의 규정을 두어 규율하는 것과 달리, 독일의 경우 이사의 배임적 행위를 규율하는 별도 규정 없이 일반인과 이사 모두를 형법의 배임죄로 규율하는 일원적 구조가 채택되어 있다. 다만 독일에서도 처음부터 그와 같은 구조를 취하였던 것은 아니다. 독일의 입법자도 처음에는 상법에 특별배임죄¹⁵⁰⁾를 규정하였고 이후 주식법¹⁵¹⁾에 이를 옮겨 규정하였으나, 1966년 주식법 개정 시에 특별배임죄를 폐지하면서 일원적 구조가 형성되었고 이것이 현재까지 지속되고 있다.

독일 형법은 제266조에서 배임죄에 관한 처벌규정을 두고 있다. 독일의 배임죄는 우리 형법과 프랑스 및 일본 형법과 달리, 행위자의 이익 추구나 취득과 같은 ‘이익’ 관련 사항을 구성요건에 포함하고 있지 않은 순수한 가해범죄이다. 그러나 ‘의무위반’을 구성요건요소로 하는 점에서 임무위배행위를 구성요건으로 하는 우리 배임죄와 유사성이 있다.¹⁵²⁾ 이 때문에 독일의 배임죄에 대한 검토는 우리 배임죄의 임무위배행위의 해석에 참고가 될 수 있다. 다만 독일 배임죄의 연혁과 내용에 대해서는 이미 적지 않은 선행연구에서 다루고 있기 때문에,¹⁵³⁾ 이하에서는 선행

147) 위의 글, 839면.

148) 위의 글, 837면.

149) 다만 배임죄를 경제범죄에 포함하는 것에 반대하는 견해도 주장된다. 상세는 Rönnau, Untreue als Wirtschaftsdelikt, ZStW 119, 2007, 899-902면.

150) 1884년 독일 상법 제249조 및 1897년 독일 상법 제312조. 후술 제2항 II. 참조.

151) 1937년 독일 주식법 제294조. 후술 제2항 II. 참조.

152) 홍영기, “기업집단에서 배임죄의 주체 및 임무에 대한 독일의 논의”, 저스티스 통권 제158-1호, 2017. 2, 205면도 유사한 취지이다.

153) 예컨대 신동운, “횡령죄와 배임죄의 관계”, 한국형사법학의 새로운 지평(유일당 오선주교수 정년기념논문집), 유일당 오선주교수 정년기념논문집 간행위원회, 2001 [이하 신동운, “횡령죄와 배임죄의 관계”], 334면 이하; 신동운, “횡령 후의 횡령죄 성립 여부”, 서울대학교 법학 제54권 제4호, 2013. 12 [이하 신동운, “횡령 후의 횡령죄 성립 여부”], 298면 이하; 신동운, “회사의 대표기관 등에 대한 형사책임과 배임죄”, 상사판례연구[1], 박영사, 1996 [이하 신동운, “회사의 대표기관 등에 대한 형사책임과 배임죄”], 520면 이하; 허일태, “배임죄 해석의 나아갈 방향”, 형사법연구 제27권 제1호, 한국형사법학회, 2015. 3, 6면 이하; 문형섭, “배임죄에 관한

연구에 언급된 부분을 최대한 간략히 다루고, 임무위배행위에 관련될 수 있는 부분을 위주로 독일 배임죄의 입법과정 및 현행 규정에 대한 판례와 학설의 각 해석론을 검토하기로 한다.

제2항 배임죄의 형성과정

1. 배임죄의 입법

게르만법과 중세 독일법에는 배임죄에 해당하는 규정이 없었고 배임적 행위의 일부는 절도, 횡령등 성격을 포괄하는 *furtum*으로 의율되었다.¹⁵⁴⁾ 카롤리나 형법전 제170조는 신뢰관계자의 배신행위를 처벌하였지만¹⁵⁵⁾, 신하의 배신 등 특정한 신뢰위반을 처벌하는 것으로 재산범죄와 거리가 있었다. 독일에서 배임죄를 처음 독립범죄로 규정한 입법례로 1577년의 제국경찰법(제32장 제3조)이 제시되기도 하지만, 이 역시 후견인의 배임행위를 처벌하는 한정적인 의미에 국한되었다.¹⁵⁶⁾ 이후 1794년 프로이센 일반란트법을 거쳐, 1813년 바이에른형법 제398조에 비로소 성실의무와 연관된 독자적인 배임구성요건을 두기에 이른다.¹⁵⁷⁾ 1851년의 프로이센 형법전은 보호감독자에 의한 물건의 침해를 처벌하여 배임의 재산범죄적 성격이 강화되었고¹⁵⁸⁾ 1870년 북독일연방형법전은 재산상 이익의 횡령을 불가별로 하지 않기 위해서 권한남용을 배임행위에 도입하였다.¹⁵⁹⁾ 이는

연구”, 호남대학교 법학박사학위논문, 2001; 이진수, “횡령죄와 배임죄의 경계획정에 관한 연구”, 서울대학교 법학석사학위논문, 2007 등 다수이다.

154) Perron, Probleme und Perspektiven des Untreuetatbestandes, GA 2009 219, 220면.

155) 허일태, “배임죄 해석의 나아갈 방향”, 형사법연구 제27권 제1호, 한국형사법학회, 2015. 3, 6면 이하.

156) 류전철, “배임죄에서 재산상 손해발생의 위험”, 전남대 법학논총 제30집 제1호, 2010, 109면.

157) Perron, 앞의 글, 220면; 류전철, 위의 글, 109면.

158) 1851년 프로이센 형법 제246조 “(1) 배임죄를 범한 자는 3개월 이상 징역과 함께 국민으로서의 명예권행사가 금지된다. 1. 후견인, 재산관리인, 압류재산관리인, 유언 집행인과 재단의 관리인이 고의로 자신들이 보호감독하는 사람이나 물건에 대해 손해를 끼치는 행위”; 원문은 아래와 같다.

“§ 246 des Preußischen StGB von 1851 (1) Wegen Untreue werden mit Gefängnis nicht unter drei Monaten, sowie mit zeitiger Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte bestraft:

1. Vormünder, Kuratoren, Sequester, Testamentsexekutoren und verwalter von stiftungen, wenn sie vorsätzlich zum Nachteil der ihrer Aufsicht anvertrauten personen oder Sachen handeln.”

159) Perron, 앞의 글, 220면.

1871년 독일제국형법 제266조 제1항의 배임죄에 그대로 계승되었다. 그러나 동 조항 특유의 구조¹⁶⁰⁾로 인하여 배신설과 권한남용설 간 대립이 발생하였고¹⁶¹⁾, 배신설¹⁶²⁾에 의한 처벌범위 확장만으로 충분하지 않다고 본 독일의 입법자는 배신적 재산침해행위를 더 널리 포섭할 수 있도록 남용구성요건과 배신구성요건을 포괄하는 구성요건을 고안하여 1933년 입법함으로써 현행 독일 배임죄가 실질적으로 출범하였다. 동 조항은 1953년, 1975년 및 1998년 각 소폭으로 개정되었으나¹⁶³⁾ 행위태양에는 변화가 없었다. 현행 독일 배임죄의 조문은 아래와 같다.

독일형법 제266조 ① 법률, 관청의 위임 또는 법률행위에 의하여 부여된, 타인의 재산을 처분하거나 타인에게 의무를 지우는 권한을 남용하거나, 또는 법률, 관청의 위임, 법률행위 또는 신임관계에 기하여 부과된, 타인의 재산적 이해관계를 처리할 의무에 위배하고, 이를 통하여 재산적 이해관계를 관리해 주어야 할 사람에게 손해를 가한 때에는 5년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다.¹⁶⁴⁾

② 제243조 제2항 및 제247조, 제248조a 및 제263조 제3항은 이를 준용한다.

-
- 160) 1933년 개정전 독일 배임죄를 ‘자격범죄’라고 표현하는 문헌으로 주지홍, “부동산 이중매매에 있어서 배임죄 적용 결과 민사법질서에 미치는 부정적 영향”, 부산대 법학연구 제51권 제2호, 2010. 5, 324면.
- 161) 제국형법 제266조 제1항 제2호의 특징 및 권한남용설과 배신설간 대립 등 상세는, 신동운, “회사의 대표기관 등에 대한 형사책임과 배임죄”, 530면 이하 및 신동운, “형령 후의 형령죄 성립 여부”, 298면 이하.
- 162) Schünemann, Leipziger Praxiskommentar Untreue - §266 StGB (Überarbeitete und ergänzte Sonderausgabe 2017), 2017, 10면. 라이프찌히법원 및 제국법원 판례이다. RGSt 14 184, 186; 17 241, 242; 26 106,109; 38 363, 366; 41 265, 266; RGSt 68 304, 305; 69 223, 225; 71 31, 32; 71 155, 156 등 (같은 책 주 35, 36에서 재인용).
- 163) 1933년 개정 배임죄에서 행위가 중한 경우에 가중된 형을 규정한 제2항은 1953년 4월 제3차 개정형법률을 통하여 삭제되었다. 1975년에는 표현을 다소 수정하였으며, 이후 1998년 1월의 제6차 개정 형법률에 의하여 기존의 제266조 제2항과 제3항을 통합하여 제2항으로 규정하고 준용규정을 추가함으로써 현 규정에 이르게 되었다.
- 164) 본문의 조문 번역은 신동운, 형법각론(제2판), 법문사, 2018, 1145면 주 1에 의하였다. 원문은 다음과 같다: **§ 266 (Untreue)** (1) Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) § 243 Abs. 2 sowie die §§ 247, 248a und 263 Abs. 3 gelten entsprechend.

II. 특별배임죄의 입법 및 폐지

특별배임죄는 1884년 독일상법 제2차 개정 시에 주식회사 설립의 허가주의 폐지에 따른 주식회사의 난립 및 주식시장 과열과 폭락에 수반한 회사 경영진 범죄의 폭증현상에 대응하고자 같은 법 제249조¹⁶⁵⁾에 도입되었다.¹⁶⁶⁾ 동 조항은 주식회사의 이사, 청산인 등이 의도적으로 회사에 손해를 가하는 행위를 하는 것을 구성요건으로 하였고, 이것은 1897년 통합 상법전 제312조¹⁶⁷⁾ 및 1937년 주식법 제294조¹⁶⁸⁾에 각 계승되었다. 그러나 1965년 개정 주식법은 이를 삭제하였다. 정부의 주식법개정 초안 이유서에는 ① 주식법 제294조의 적용대상은 형법의 배임죄에 포섭 가능하고, ② 형법의 배임죄에 의해서도 같은 형이 확보되며, ③ 특별배임죄에 형법의 배임죄보다 큰 일반예방적 효과를 기대할 수 있다는 것만으로 존치를 정당화할 수 없다는 이유가 제시되었다.¹⁶⁹⁾ 그 밖에 배임죄의 성

165) § 249 Abs. 1 Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (시행 1884. 7. 18)
“Persönlich haftende Gesellschafter, Mitglieder des Aufsichtsraths und Liquidatoren einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, sowie Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsraths und Liquidatoren einer Aktiengesellschaft werden, wenn sie absichtlich zum Nachtheile der Gesellschaft handeln, mit Gefängniß und zugleich mit Geldstrafe bis zu zwanzigtausend Mark bestraft.”.

166) Carsten Gerner-Beuerle, *LAW AND FINANCE IN EMERGING ECONOMIES: GERMANY AND BRITAIN 1800-1913*, The Modern Law Review, Vol. 80, 2017, 272면.

167) 특별한 행위정형 제한 없이 고의로 손해를 가하는 모든 행위를 처벌하는 것이 특징이다. 원문은 아래와 같다.

§ 312 Abs. I HGB (시행 1897. 5. 10)

“Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsraths oder Liquidatoren werden, wenn sie absichtlich zum Nachtheile der Gesellschaft handeln, mit Gefängniß und zugleich mit Geldstrafe bis zu zwanzigtausend Mark bestraft.”

168) § 294 Abs. I AktG (시행 1937. 1. 30)

“Wer als Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats oder als Abwickler vorsätzlich zum Nachteil der Gesellschaft handelt, wird mit Gefängnis bestraft.”

169) 폐지이유에 대한 원문은 다음과 같다. “Der Entwurf übernimmt die Vorschrift des § 294 AktG über die sogenannte aktienrechtliche Untreue nicht. Nach dieser Vorschrift werden Mitglieder des Vorstands, des Aufsichtsrats oder Abwickler mit Gefängnis, in besonders schweren Fällen mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft, wenn sie vorsätzlich zum Nachteil der Gesellschaft handeln. Da der gesamte Anwendungsbereich des § 294 AktG bereits durch den allgemeinen Untreuetatbestand des § 266 StGB mitumfaßt sein dürfte und auch nach § 266 StGB eine Bestrafung mit Gefängnis, in besonders schweren Fällen mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren möglich ist, erscheint § 294 AktG entbehrlich. Die Erwägung, daß einer Sondervorschrift über die aktienrechtliche Untreue eine größere generalpräventive Wirkung zukommen könnte, dürfte für sich allein die Beibehaltung des § 294 AktG nicht rechtfertigen. Im übrigen

격을 갖는 상법의 다른 특별구성요건 역시 같은 이유로 폐지되었고¹⁷⁰⁾ 그 결과 이사의 배임적 행위에 대해서 형법의 배임죄에 의한 일원적 규율체계가 성립되었다. 그러나 이에 대해서는 특별법 고유의 기능과 효과 등의 장점이 봉쇄되었다는 비판이 제기된다.¹⁷¹⁾

제3항 배임죄의 해석론

독일에서는 배임죄의 객관적 및 주관적 구성요건 전체에 걸쳐 다양한 논의가 전개되고 있다. 본 연구의 관심은 임무위배행위이기 때문에 독일 배임죄의 행위요건인 ‘의무위반’과 연관되는 범위에서 내용을 본다.

1. 구조 및 주제

1. 배임죄의 구조

1933년 개정으로 독일형법 제266조 제1항에 배신구성요건과 남용구성요건이 함께 규정됨에 따라 양자 간 관계가 문제되었다. 개정 직후에는 구법의 배신설과 권한남용설이 모두 채택되어 병존하며 요건도 다르다는 이원설이 일반적이었다. 이에 따르면 남용구성요건에서는 같은 항 후단의 재산보호의무가 적용되지 않았다.¹⁷²⁾

그러나 1972년 독일연방대법원의 이른바 ‘체크카드 판결’¹⁷³⁾ 선고에

gilt § 266 StGB auch heute schon auf dem Gebiet des Aktienrechts, wenn die Untreuehandlung von einem Täter begangen wird, der nicht Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats oder Abwickler ist.” 원문을 번역 소개한 국내의 문헌으로, 주장원, “상법상 특별배임죄에 대한 연구”, 연세대 법학연구 제18권 3호, 2008. 9, 362면.

170) Perron, 앞의 글, 221면.

171) Haro Otto, Aktienstrafrecht, 1997, 9-10면 (Vor § 399).

172) RGSt 69,58; Ernst Schäfer, DJZ 1933 795면; Weber, FS für Dreher 558면; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, § 56 Vor A. 등. Schünemann, Leipziger Praxiskommentar Untreue - §266 StGB (Überarbeitete und ergänzte Sonderausgabe 2017), 2017, 11면 주 41에서 재 인용.

173) BGHSt 24, 386. 사안에서는 피고인이 은행으로부터 체크카드(소지자에 대한 은행의 지급보증의사가 대외적으로 표시됨)를 발급받아 소지하였으나 은행에 예치한 예금 잔고가 없는 상태에서 특정 거래시에 카드를 사용함으로써 은행으로 하여금 피고인의 그 특정 거래상 채무를 보증하게 한 행위에 대해 은행을 피해자로 하는 배임죄 성부가 문제되었다. 독일연방대법원은 배임죄의 두 가지 구성요건은 모두 본인재산에 대한 보호의무 위반을 불법의 특징으로 하는바 피고인에게 은행재산에 대한 보호의무가 인정되지 않아 배임죄가 성립하지 않는다고 판시하였다.

의해 양 구성요건 간 관계에 대한 일원설이 확립되었다.¹⁷⁴⁾¹⁷⁵⁾ 일원설에 의하면 양 구성요건에서 모두 재산보호의무가 요구되고 남용구성요건은 배신구성요건의 특별유형에 불과하다.¹⁷⁶⁾ 결국 양 구성요건에서 의무위반은 모두 재산보호의무 위반을 의미하게 되었다.

2. 배임죄의 주체

독일 배임죄의 구성요건적 행위는 재산보호의무 위반이므로, 배임죄의 주체는 본인에 대해서 그 재산을 보호할 의무가 있는 지위에 있을 것이 요구된다(재산보호의무의 존재). 이것은 ‘우월적 지위(Machtstellung)’로 표현된다. 즉 행위자가 갖는 본인재산의 관리·처분에 대한 우월적 지위를 본인재산의 보호가 아닌 침해에 사용하는 점이 배임죄 불법의 본질이라는 것이다.¹⁷⁷⁾

남용구성요건의 주체는 법률, 계약 등에 기하여 본인재산의 처분·관리 또는 본인에게 의무를 부담하게 할 권한을 보유한 자이며, 배신구성요건의 주체는 본인에 대해서 신임관계에 기한 재산보호의무를 부담하는 자이다. 독일 판례 및 학설¹⁷⁸⁾은 재산보호의무의 판단 기준으로 ① 재산보호의무가 내부관계의 본질적 내용(주된 의무)인가 여부 ② 업무수행의 독자성 인정여부 ③ 사무처리의 범위 및 기간을 들고 있다. 회사의 이사가 이런 기준을 충족함에는 별다른 의문이 없다. 판례¹⁷⁹⁾는 이미 제국법원부터 이사 등 회사의 기관에게 회사에 대한 배임죄 주체성을 인정하며, 이는 전형적으로 ‘타인의 이익을 위해 유형화된 채무관계’¹⁸⁰⁾로 볼 수 있는 점에서도 그러하다.

174) Schünemann, Leipziger Praxiskommentar Untreue - §266 StGB (Überarbeitete und ergänzte Sonderausgabe 2017), 2017, 4면.

175) 제266조 제1항은 ① 남용구성요건적 행위 또는 ② 배신구성요건적 행위를 통하여 ③ 재산적 이해관계를 관리해 주어야 할 사람에게 ④ 손해를 가한 때의 구조인바, 일원설이 위 ③이 ①과 ② 모두에 적용되는 조문의 구조에 좀 더 충실하다고 본다.

176) Schünemann, 앞의 책, 12면은 이를 ‘엄격일원설(streng monistischen Theorie)’이라고 부른다.

177) Schünemann, 위의 책, 20면.

178) RGSt 69 58; BGH NStZ 1983, 455; 학설에서 독자성을 강조하는 최근의 견해로 Wachter, Pflichtverletzung und Vermögensbetreuungspflicht bei der Untreue, ZSTW 131 (2019), 301면 이하.

179) 예컨대 GA 48, 131; 신동운, “회사의 대표기관 등에 대한 형사책임과 배임죄”, 531면에서 재인용.

180) 이 개념을 사용하는 견해로 Schünemann, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (12., neu bearbeitete Auflage)(이하 ‘LK’로 약칭한다), 2012, 734면.

요컨대 배임죄의 주체는 재산보호의무 있는 자, 행위는 그 의무 위반이기 때문에, 재산보호의무는 배임죄의 주체 및 행위의 양 차원에 걸쳐서 문제로 된다. 여기서 주체(재산보호의무의 존재)는 의무를 포괄적으로 근거짓는 일반적 지위인 반면, 행위(재산보호의무 위반)은 개별 상황에서 인정되는 구체적 의무의 확정(의무의 내용, 범위)문제라고 할 수 있다.¹⁸¹⁾ 이사는 회사재산을 보호할 지위에 있으므로 이사 행위의 배임죄 성부는 후자의 문제로 귀착 된다. 성질상 거의 모든 기업의 결정이 경제적 위험에 연관되는바 이사가 하는 대부분의 행위에 대해서 배임죄가 성립할 가능성이 있음이 지적된다.¹⁸²⁾

II. 배임의 고의

독일 배임죄의 행위는 재산보호의무 위반이고 그 결과는 본인에 대한 손해발생이기 때문에, 배임죄에서 고의는 의무위반 및 손해발생에 대한 인식, 의사를 의미한다. 이익취득이 객관적 구성요건에 포함되지 않아 행위자나 제3자의 이익취득에 대한 인식 및 의사가 요구되지 않고, 이익 추구나 가해목적같은 특별한 초과주관적 요소를 요하지 않으므로 행위자가 자기 또는 제3자의 이익을 추구하는 목적이 없더라도 배임죄 성립에 영향이 없다.¹⁸³⁾ 이 점에서 우리 배임죄와 다르다.

한편 독일연방대법원은 배임죄 처벌범위를 제한하기 위해서 배임죄의 고의를 한정적으로 해석하기도 한다. 연방대법원은 미필적 고의의 배임사례에서 행위자가 사익을 추구하여 행위하지 않은 경우에는 고의인정에 엄격성을 요한다고 판시한다.¹⁸⁴⁾¹⁸⁵⁾ 또한 연방대법원은 ‘손해와 동일한 위험’에 대한 미필적 고의 인정을 통한 배임죄 성립범위의 확장을 경계한다. 손해와 동일한 위험이 발생한 경우에 미필적 고의에 의한 배임죄 성립을 인정하려면 손해발생의 구체적 가능성을 인식해야 하고, 위험을 감수할 의사를 넘어 위험의 실현을 당연

181) 이러한 서술로 예컨대 Perron, 앞의 글, 223-227면(특히 225면).

182) Murmann, *Untreue (§ 266 StGB) und Risikogeschäfte*, JURA 2010, 561면.

183) BGH NJW 1975, 1234.

184) BGHSt 47, 295 및 BGHSt 51, 100(이른바 Khanter판결). 이를 언급하는 Perron, 앞의 글, 231면 본문 및 주 69 참조.

185) 이른바 Bundesliga 스캔들 사건에서도 연방대법원은 특히 미필적 고의만이 문제되는 경우와 행위자가 사적 이익을 추구하여 행동하지 않은 경우에는 고의인정의 엄격성이 요구된다고 판시한바 있다. BGH NJW 1975, 1236.

히 여겨야 한다고 판시함으로써 고의인정을 엄격화하고 있다.¹⁸⁶⁾¹⁸⁷⁾

그러나 이런 판례에 대해서는 객관적 구성요건을 넘는 고의를 인정¹⁸⁸⁾했다는 강력한 비판이 제기된다.¹⁸⁹⁾ 또한 고의, 그 중에서도 미필적 고의의 의지적 요소 판단은 성질상 극도로 불확실하며 이는 어떤 방법으로도 해소되기 어렵기에 이로써 객관적 구성요건의 포괄성을 상쇄할 수 없다는 비판도 제기된다.¹⁹⁰⁾ 학설에서는 배임죄의 가벌성 축소라는 기본방향에 동의하면서도, 고의의 제한을 통해 이를 달성하려는 판례에 대해서는 비판적 견해가 지배적이다.¹⁹¹⁾ 무엇보다도 객관적 구성요건의 포괄성으로 인한 가벌성 확대는 객관적 구성요건 단계에서 해결되어야 한다는 것이다.¹⁹²⁾

제4항 의무위반행위

I. 구성요건적 행위

1. 남용구성요건

186) BGHSt 51, 100. 이를 소개한 국내 문헌으로 안경옥, “비자금 조성행위의 형사처벌에 대한 한국·독일 판례 비교 및 검토”, 형사법의 신통향 통권 제41호, 2013, 130면 이하.

187) Perron, 앞의 글, 231면; Schünemann, 앞의 책, 159-160면.

188) Perron, 앞의 글, 231면.

189) Bernsmann, *Alles Untreue? Skizzen zu Problemen der Untreue nach §266 StGB*, GA 2007 219, 230면(제변 같은 “도그마틱적 회귀중” (Ein dogmatisches Unikum)). 뻘뻘스런 체계위반을 범하였다는 비판으로 Lüderssen, *Regulierung, Selbstregulierung und Wirtschaftsstrafrecht - Versuch einer interdisziplinären Systematisierung.*, in: Lüderssen 외, *Handlungsfreiheit des Unternehmers - Wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken*, 2009, 257면.

190) Perron, 앞의 글, 231면.

191) Dierlamm, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*(3. Auflage)(이하 ‘MK’로 약칭), 2019, 774면; Schönke/Schröder/Perron 외, *Strafgesetzbuch*(30. Auflage), 2019, 2764면; Schünemann, 앞의 책, 159-160면; Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*(66. Auflage), 2019, 2122면; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, *NOMOS-Kommentar zum Strafgesetzbuch*(5. Auflage)(이하 ‘NK’로 약칭), 2017, 934면; Ransiek, *Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil*, ZStW 116, 2004, 638-640면; Hillenkamp, *Risikogesscht und Untreue*, NStZ 1981, 163면; ; Kubiciel, *Gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreue strafbarkeit*, NStZ 2005, 356면 등.

192) 주 189의 문헌들. 특히 배임구성요건의 헌법적 문제의 핵심은 객관적 요건에 있고, 고의의 인식대상인 객관적 구성요건이 명확하게 확정되면 고의는 자연히 명확화될 수 있다는 취지로 Dierlamm, 앞의 책, 774면.

남용구성요건의 구성요건적 행위는 본인재산에 대해 갖는 권한의 남용이다. 이는 ① (외부적으로) 법적으로 행할 수 있는, 즉 권한이 인정되는 영역에서 ② (내부관계상) 허용된 권한을 초과하여 행위 하는 것이다.¹⁹³⁾ ①은 행위자의 행위가 법적으로 유효하여야 함을 의미하는바¹⁹⁴⁾ 무효인 행위는 배신구성요건의 포섭이 검토될 뿐이다. 권한을 객관적으로 초과하지 않았다면 남용이 아니며, 사익추구 등 목적과 무관하다. 부작위에 의해서도 성립할 수 있는¹⁹⁵⁾ 점은 배신구성요건과 동일하다.

2. 배신구성요건

배신구성요건에 따른 구성요건적 행위는 본인에 대한 재산보호의무에 위반하는 행위이다. 의무위반 여부의 판단은 구체적 상황에서 행위자가 부담하는 재산보호의무의 내용 문제로 귀결된다. 의무위반행위는 법률·사실행위를 불문하고 순수 가해범죄인 독일 배임죄의 특성상 행위자나 제3자가 재산상 이익을 취득할 필요도 없다. 일부 판례는 의무위반 여부 판단에 행위자의 사익추구 의도를 고려하기도 한다.¹⁹⁶⁾ 그러나 독일의 배임죄는 가해범죄로서 본인의 손해발생만이 구성요건적 결과이기에, 행위자의 이익취득이나 추구 여부는 원칙적으로 객관적·주관적 구성요건 판단에 관련되지 않는다.¹⁹⁷⁾ 독일에서도 위 판결에 대해서, 배임죄의 의무위반 여부는 객관적으로 판단되는 문제이므로 내적인 목적을 고려한 것은 부당하며, 행위형법에 반한다는 비판이 제기된다.¹⁹⁸⁾

II. 의무위반의 판단

판례의 일원설에 의하면, 배임죄의 양 구성요건 모두 구체적 보호의무 위반여부 판단이 관건이다. 독일형법 제266조에는 재산보호의무에 관하여 구체적인 언급이 없기에 그 내용 및 판단이 문제된다. 이것은 우리 배임죄 역시 마찬가지이기 때문에 그 논의는 우리에게도 시사점이 있다.

배임죄에서 의무의 내용 및 위반여부 판단기준의 논의는 주로 주체성

193) Schönke/Schröder/Perron, 앞의 책(주 191), 2735면.

194) Schönke/Schröder/Perron, 위의 책; Fischer, 앞의 책(주 191), 2072면.

195) Schönke/Schröder/Perron, 위의 책; Fischer, 위의 책, 2074면.

196) BGHSt 46,30(은행법 위반 대출 사건); 47,187(스포츠단체 기부사건).

197) 이에 대한 문제의식으로 Murmann, 앞의 글(주 182), 563면 본문 및 주 34.

198) Kubiciel, 앞의 글(주 191), 359면.

이 문제되지 않는 이사의 의무위반 사례들을 통해서 활성화되었다고 할 수 있다. 독일에서는 그 쟁점으로서 ① 재산보호의무의 내용을 어떻게 확정할 것인가와 관련하여 배임죄의 의무와 다른 법령상 의무의 관계 또는 배임죄의 사법종속성(Zivilrechtsakzessorietät) 문제가, ② 재산보호의무 위반의 인정을 위해서 어느 정도의 의무위반을 요하는가가 의무위반의 ‘양적’ 측면인 의무위반의 중대성(gravierenden Pflichtverletzung) 문제로 각 논의된다. 또한 ③ 위반된 의무의 근거규범이 본인의 재산상 손해발생의 방지와 연관성이 있는가라는 의무위반의 ‘질적’ 측면으로서 위반된 의무규범의 보호목적(Schutzzweckzusammenhang)¹⁹⁹⁾이 논의된다.

한편 ①, ②의 차원에서 한발 더 나아가 의무위반의 판단기준에 관한 내용을 살펴보면, 상대적으로 실질을 중시하는 것에서 정보의무 등 절차적 요소를 중시 하는 것까지 여러 차원의 논의가 전개되고 있다. 여기서는 먼저 ③의 논의를 간략하게 살핀 후 향을 바꾸어 의무위반의 기준에 관한 주요 견해를 개관하고, ① 및 ②는 관련 부분에서 검토한다.

우선 의무위반이 손해와 연관될 것을 요구하는 견해는, 위반된 규범이 본인재산의 보호를 목적으로 할 것을 요구한다.²⁰⁰⁾ 본인재산을 보호하기 위한 규범 외의 규범을 배임죄의 의무위반에 고려하면 배임죄가 재산 외 법익을 보호하는 죄로 변질된다는 것이다. 이와 달리 보호목적연관을 요하지 않는다는 견해²⁰¹⁾는, 필요설에 의하면 배임죄 성립이 긍정되어 왔던 전형적 사례²⁰²⁾를 처벌할 수 없게 되어 타당하지 않다고 반박한다.

연방대법원 판례에는 보호목적의 연관 또는 객관적 귀속을 요구하는

199) 예컨대 Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht(5. Aufl.), C.F.Müller, 2018, 877면 이하. 반면 배임죄의 의무위반을 다른 규범의 위반이 아닌, 현실적으로 본인에게 손해발생을 야기하였다는 사실적 측면에서 접근하는 견해는 이것을 (형법 외) 규범의 보호목적이 아닌 객관적 귀속의 위험창출 문제로 논의한다. 예컨대 Schünemann, 앞의 책, 153면 이하.

200) Achenbach/Ransiek/Rönnau, 앞의 책, 877면; Günther, Die Untreue im Wirtschaftsrecht, FS für Ulrich Weber, 2003, 316면; Rönnau, Einrichtung ‘schwarzer’ (Schmiergeld-) Kassen in der Privatwirtschaft - eine strafbare Untreue? in: FS für Tiedemann, 2008, 713면 이하 및 722면; Ransiek, 앞의 글(주 191), 659면 이하(본인재산보호를 목적으로 하지 않는 규범위반을 배임죄의 의무위반에서 배제); Schünemann, 앞의 책, 153-4면.

201) Saliger, Gibt es eine Untreuemode? Die neuere Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung, HRRS 2006, 22면.

202) 회계기준 위반사례(BGHSt 20, 304)를 예로 들고 있다. 위의 글 22면 본문 및 주 143.

것들이 보이며, 연방헌법재판소 역시 2010년 결정에서 배임죄의 재산범죄성 유지를 위하여는 규범의 보호목적에 고려할 필요가 있음을 긍정²⁰³⁾한 바 있다. 그러나 헌법재판소 결정 이후에도, 보호목적 연관을 요구하면서도 실제로는 요구하지 않는 것과 동일한 결론을 도출하는 판례²⁰⁴⁾가 선고되기도 하였다. 이에 학설에서는 연방대법원이 실질상 적극적으로 보호목적 연관을 요구하지 않는다는 평가가 보이기도 한다.²⁰⁵⁾ 한편 의무위반의 중대성요부 논의와 규범의 보호목적(또는 객관적 귀속) 논의 간 관계의 측면에서, 배임죄 성립에 의무위반의 중대성을 요구한 연방대법원의 몇몇 판례들이 실질적으로는 객관적 귀속 문제를 의무위반의 중대성으로 다룬 것에 지나지 않는다는 평가도 보인다.²⁰⁶⁾

다만 위반된 의무규범에 대한 보호목적의 고려는, 배임죄로 처벌되는 의무위반인가를 직접적으로 판정하는 데에 활용되는 기준이라기보다는 배임죄의 행위불법 단계에서 가벌성을 제한하는 소극적인 기능에 국한되는 의미가 있다. 전자의 의미를 갖는 기준 또는 고려요소로는, 행위자와 본인 간의 내부관계에 주목하여 형법적 관점에서 판단되는 본인의 용인 가능성이 기준이라는 견해, 또는 정보수집·평가·분석과 같은, 결정에 이르는 과정이나 절차의 이행여부가 주요하게 고려되어야 한다는 견해 등이 제시된다. 이러한 견해들은 종래 모험거래 논의에서 배임죄의 의무위반 여부 판단기준으로 제시되어 온, 내부관계에서 허용된 위험의 확정 또는 손익분석을 통한 의사결정절차 등 위험감소조치의 이행여부에 관한 논의들의 연장선상에 있다.

203) BVerfG NJW 2010, 3209. 독일기본법상 명확성원칙 위반여부에 관한 연방헌법재판소의 결정이다. 규범의 보호목적이라는 표현을 명시적으로 사용하지는 않았지만 이를 긍정하는 취지이다. 연방헌법재판소는 이 결정에서 (이전 연방대법원의 일련의 판례들에 나타난) 그러한 요구를 의무위반 개념의 제한해석을 통한 명확성 제고에 연계하여 의무위반 개념의 합헌성을 도출하는 논거로 삼고 있다. 예컨대 “[111] Die Ziele dementsprechender Auslegung müssen von Verfassungs wegen darin bestehen, die Anwendung des Untreuetatbestands auf Fälle klarer und deutlicher (evidenter) Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken, Wertungswidersprüche zur Ausgestaltung spezifischer Sanktionsregelungen zu vermeiden und den Charakter des Untreuetatbestands als eines Vermögensdelikts zu bewahren.” BVerfG NJW 2010, 3209, 3215.

204) 예컨대 BGHSt 56, 203(기민당 당직자가 정당법상 익명기부조항에 위반하여 명의만을 빌린 가짜 기부자를 동원, 기부금상한액을 초과한 익명기부를 한 행위의 배임죄 성립을 긍정).

205) Achenbach/Ransiek/Rönnau, 앞의 책, 879면.

206) Schünemann, 앞의 책, 85면 이하. BGHSt 56, 203도 그 예라고 한다.

Ⅲ. 본인의 용인가능성

배임죄의 구성요건행위인 의무위반행위는 동 죄가 금지하는 법익침해, 즉 본인의 재산에 손해를 발생하게 할 위험을 창출하는 행위이어야 한다. 여기에서 위험의 창출과 관련하여 허용된 위험의 취급이 문제될 수 있다. 요컨대 그 허용 여부 판단에 있어서 재산거래의 본질상 또는 시장의 특성상 내재하는 경제적 위험처럼 객관적 특성의 측면이 문제될 수 있고, 다른 한편으로 피해자가 허용한 위험처럼 주관적으로 허용되었는가의 측면도 문제될 수 있다.

배임죄는 본인의 재산을 보호하는 범죄이고, 배임죄의 객관적 구성요건인 의무위반의 의무는 재산귀속주체인 본인에 대한 것이므로 허용되지 않은 위험의 창출인가 여부도 일차적으로 본인에 의한 허용여부가 기준이어야 한다는 입론이 가능하다. 이와 같이 보면, 배임죄의 구성요건적 행위로서 허용되지 않은 위험을 창출하는 의무위반행위인가의 문제는 발생하는 위험의 객관적인 크기에 의존하지 않는다고 할 수 있다.²⁰⁷⁾ 이는 본인이 극도의 고위험거래²⁰⁸⁾를 명시적으로 허락한 경우와, 반대로 객관적 위험이 낮은 거래를 명시적으로 금지한 경우에 명확히 드러난다.²⁰⁹⁾ 따라서 대체적인 견해²¹⁰⁾은 의무위반행위 여부를 판단함에 있어 본인의 명시된 의사를 일차적 판단기준으로 하고, 명시된 의사가 없는 경우에도 이하에서 보듯 정관, 내규 등에 의하여 추정되는 본인의 객관적 의사를 고려하고 있다. 이처럼 본인의 의사를 일차적으로 고려하는 일련의 견해들에 대해서는, 이른바 본인의 ‘용인가능성(Unvertretbarkeit)’을 배임죄 의무위반의 판단기준으로 하였다는 평가²¹¹⁾가 제시되고 있다.

이 기준의 주장자로 우선 Tiedemann을 들 수 있다. 그는 경제적 측면

207) Murmann, 앞의 글(주 182), 562면.

208) 예컨대 투자원금을 월등히 초과하는 손실이 발생할 수 있는 거래이다.

209) Murmann, 앞의 글, 562면.

210) 예컨대 이하 본문에 언급할 논자들 및 Murmann, 앞의 글, 564면. 그 외에 모험거래에서도 기본적으로 이러한 설명이 다수를 이룬다. 본항 후술 IV. 참조.

211) 예컨대 Leite, *Prozeduralisierung oder Rechtsgüterschutz bei der Untreue? Risikoverringering in der Unternehmenskrise am Beispiel der HSH-Nordbank-Entscheidung* (BGH NJW 2017, 578), GA 2018 580, 586면.

에서 어떤 식으로든 합리성이 인정되거나 용인될 수 있는 행위는 배임죄의 의무위반에 포함되지 않는다고 하면서, 특히 회사배임의 경우 통상의 주의를 다하는 이사를 기준으로 명백하게 용인될 수 없는 행위만이 배임죄의 규율대상에 포함된다고 하였다.²¹²⁾ 이사의 관점을 기준으로 한 것은 경제전문가의 관점이 기준이라고 할 수 있지만, 전문적 관점의 범위를 어떻게 볼 것인가에 대해서는 다시 여러 견해가 주장된다.²¹³⁾

Kubiciel은 재산보호의무의 유형을, 문제되는 재산보호의무가 ① 계약, 내규, 지시 등에 따라 명확히 확정된 경우, ② 법령에 구체적으로 명시된 경우 ③ ①과 ②에 명확한 내용이 없는 경우의 세 가지로 구분한다. ①과 ②에서 그 위반은 곧바로 배임죄의 의무위반이 된다. 반면 ③에서 예컨대 이사의 통상의 성실한 업무집행(주식법 제93조 제1항 제1문)²¹⁴⁾ 등은 판단기준으로서 불충분한 것이기 때문에 재산귀속주체인 본인의 이익이 고려되어야 한다고 한다. 따라서 주식법 제93조 제1항은 배임죄에서는 본인인 회사가 구체적 상황에서 이사의 행위를 자신의 자유로운 권리 행사로서 용인하였을 것인가를 규범적으로 판단하는 매개로 이해한다. 다만 형법의 보충성에 의할 때 배임죄의 의무는 본인이 행했을 최상의 결정이 아닌, 본인이 용인가능한 범위 내의 결정을 행하는 것이라고 한다. 따라서 특정 상황에서 본인이 추구할 것으로 보이는 구체적 행위의 단서(정관, 내규 등)가 있다면 이에 기초할 것이 요구된다.²¹⁵⁾ 그 단서가

212) Tiedemann, *Untreue bei Interessenkonflikten: Am Beispiel der Tätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern*, in: FS für Tröndle 1989, 319, 328면 및 Tiedemann, *DER UNTREUE TATBESTAND - Ein Mittel zur Begrenzung von Managerbezügen? - Bemerkungen zum „Fall Mannesmann“* -, in: FS für Ulrich Weber, 2004, 319, 322면.

213) 예컨대 Schönke/Schröder/Perron, 앞의 책, 2737면은 ‘관련 전문가’의 판단을 고려하여야 한다고 하면서도 기업내 지배구조나 컴플라이언스 규정도 함께 고려하여야 한다고 한다. 일부 견해는 문제되는 행위의 정당성을 인정하는 (법률)전문가가 단 1인이라도 있는 경우에는 배임죄의 의무위반이 되지 않는다고 주장한다(Zech, *Untreue durch Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft*, 2007, 216면; Schönemann, 앞의 책, 100면 및 199면 각주 1056번에서 재인용). 그러나 Schönemann, 같은 책은 이것은 ‘충격적인 과장’에 불과하다고 비판한다.

214) 독일 주식법(AktG) § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder (1) Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.

215) Kubiciel은 예컨대 업무집행이사가 회사의 방침이 줄곧 기부행위에 회의적임을 알고 있다면, 설령 기부에 대한 객관적 이유를 들어 합의를 도출하는 것이 가능하다고 하더라도, 업무집행이사에 따른 촉구팀의 기부행위는 배임죄의 의무위반에 해

없는 경우 본인이 지향하는 목표를 고려하여 본인이 그 행위를 용인할 것인가 여부를 합리적으로 판단하여야 한다고 한다. 결국 그에 의할 때 배임죄의 의무위반행위는 행위자에게 적용되는 행위규범을 매개로 형법적 관점에서 보았을 때 행위자의 결정이 본인의 입장에서 용인할 수 있는 한계를 초과하였다고 평가되는 행위로 정리될 수 있다.²¹⁶⁾

Rönnau는 ① 본인이 계약, 내규, 지시 등으로 재산사무처리의 구체적 기준을 제시한 경우와 ② 사법 등 개별법규 내용이 불명확한 경우²¹⁷⁾로 구분하여 논의한다. 전자에서는 그 위반이 바로 배임죄의 의무위반인 반면, 후자의 경우 본인의 용인가능성을 기준으로 판단된다고 한다. 그는 형사법관이 배임죄 의무위반판단을 위해 민사법원의 확정판결을 요한다고 할 수 없으므로 배임죄의 의무위반 판단은 형법외의 규범해석에 대한 판례와 학설 등 판단에 구속되지 않는다고 한다. 배임죄의 의무위반은 독일기본법 제103조 2항의 명확성원칙에 기초해서 행위자의 행위가 본인의 입장에서 용인불가능한 행위임이 명확하다고 평가될 때 인정된다고 한다. 따라서 행위자가 손익분석을 극단적으로 잘못된 경우, 또는 행위 시점에서 손해발생의 보상기회에 대한 고려가 전혀 없는 경우에는 허용된 위험을 초과하여 배임죄의 불법이 인정된다고 한다.²¹⁸⁾

그러나 용인가능성 기준에 대해서는, 용인가능성 개념 자체가 갖는 모호성이 비판점으로 지적된다.²¹⁹⁾ 이러한 개념은 적용의 실체에 있어서 적극적인 필터기능 수행을 위한 실질적인 기준이 공백으로 남아 있어 큰 의미가 없다는 것이다.²²⁰⁾ 또한 용인가능성 기준의 채택은 주로 배임죄 의무위반 판단의 사법종속성을 인정하는 논자에 의해서 주장되는, ‘중대한 의무위반’ 기준의 표현을 바꾼 것에 불과하고, 이것은 모호한 기준을 또 다른 모호한 기준으로 대체한 것에 지나지 않는다고 비판된다.²²¹⁾

당된다고 한다.

216) Kubuciel, 앞의 글(주 191), 357면.

217) 예컨대 주식법 제93조 제1항등의 통상의 성실한 업무집행, 및, 주식법 87조 제1항의 이사보수의 적절성 등이다.

218) Rönnau, 앞의 글(주 149), 905면.

219) Leite, 앞의 글(주 211), 587면.

220) Greco, *Die Befreiung des Strafrechts vom Pflichtverletzungsdenken - Zur Kritik an der (nicht nur asymmetrischen) Akzessorietät*, GA 2019 684, 700, 701, 704면.

221) Leite, 앞의 글(주 211), 587면.

IV. 모험거래의 의무위반 판단기준 : 업무집행의 통상성, 내부관계, 과정

모험거래는 독일에서 배임죄의 의무위반성에 관련하여 논의되는 대표 주제이다. 기술한 Rönnau등의 견해에 보인 손익분석 등 수행여부 역시 이 영역과 관련하여 활발한 논의가 있다. 모험거래는 처음에는 객관적 요건의 문제로 다뤄지지 않고 주관적 의도의 문제로 접근되기도 하였다.²²²⁾ 그러나 현재는 형법과 경제형법 모두에서 의무위반 문제로 논의되고 그 타당성이 지지된다.²²³⁾

모험거래는 다양하게 정의된다. 손익발생의 예측이 고도로 불확실한 거래²²⁴⁾ 또는 거래상 결정재량이 있는자가 행하는, 잘못된 결정가능성이 있는 거래²²⁵⁾, 결과가 재산상 손해발생으로 귀결될 것인가가 불확실한 업무상 결정을 행하는 거래²²⁶⁾ 등으로도 정의된다. 개별사례의 유형으로 투기적 거래, 투자, 신규사업 진출, 염가판매, 한계기업에 대한 추가대출 등이 제시되고, 이외에 뇌물 등 부정한 이익 제공 같은 위법행위²²⁷⁾까지 유형으로 포함되기도 한다.

모험거래가 배임죄의 의무위반인가 여부를 판단하는 기준이 문제된다. 이에 해당 직업(산업)분야의 ‘통상의 주의(branchenüblichen Sorgfalt)’를 기준으로 상정할수 있으나, 신입관계의 개별성이 무시되는 문제가 있다.²²⁸⁾ 따라서 본인과 행위자 간의 ‘내부관계’를 기준으로 하는 견해²²⁹⁾가

222) 예컨대 RGSt 71, 344; RGSt 69, 203.

223) Achenbach/Ransiek/Rönnau, 앞의 책, 947면. 경제형법 분야에서 배임죄의 의무위반과 관련하여 모험거래 문제를 다룬 문헌으로 같은 책, 946면 이하; Müller-Gugenberger 외, Wirtschaftsstrafrecht (6.Auflage), § 32 (Hadamitzky), 2015, 1161면 이하; Graf 외, Wirtschafts und Steuerstrafrecht (2. Auflage), § 266 (Waßmer), 2017, 800면 이하 등.

224) Schönke/Schröder/Perron, 앞의 책, 2739면; Achenbach/Ransiek/Rönnau, 앞의 책, 946면.

225) ‘Risiko’의 의미 자체가 (경영의사결정론상) 잘못된 결정의 가능성이기 때문이라고 한다. Hillenkamp, *Risikogeschäft und Untreue*, NSTZ 1981, 161, 165면.

226) Waßmer, *Untreue bei Risikogeschäften*, C. F. Müller, 1997, 5면 이하.

227) 예컨대 BGH NJW 1975, 1234는 ‘모험적거래는 이익획득의 기대보다 손실 위험의 가능성이 높은 경우 통상적으로 허용되지 않는다’고 판시한다.

228) Jana Höhme, *Untreuerrelevante Pflichtwidrigkeit bei Risikogeschäften*, 2019, 83-84면; Waßmer, 앞의 책, 28면; Müller-Gugenberger, 앞의 책(주 223), 1165면(Hadamitzky집필부분); Achenbach/Ransiek/Rönnau, 앞의 책, 948면(Seier/Lindemann 집필부분).

229) Hillenkamp, 앞의 글(주 225), 164면 이하; Schönke/Schröder/Perron, 앞의 책, 2739면; Fischer, 앞의 책(주 191), 2088면; Graf 외, 앞의 책(주 223), 800면 이하(Waßmer 집필

대안으로서 제시 되며, 판례 역시 이와 같은 입장으로 평가된다.²³⁰⁾ 이에 의하면 우선 본인 의사에 합치여부를 검토하고²³¹⁾ 그것이 불분명한 경우 법률 등 규정이나 이사회결의 등이 있으면 그에, 없으면 일반조항의 기준²³²⁾이 동원된다. 이것은 신임관계의 개별성을 반영하고 명시적 합의 또는 법률상 명확한 기준이 있는 경우 그에 의함으로써 법적 안정성에도 부합하는 장점이 있다고 할 수 있다. 요컨대 모험거래의 배임 여부 판단에서는 주관적 요건으로 접근했던 과거 판례에서 객관적 구성요건으로 다루는 현재의 형태로 이행하였고, 의무위반 판단시 통상의 업무집행 같은 일반추상적·객관적 기준에 앞서 행위자와 본인 간의 구체적인 내부관계 및 본인의 의사를 중시하는 경향이 보인다.

모험거래에 관한 학설 중에는 이하에 검토할 정보수집 및 조사의무의 이행 측면에 주목하여, 그에 대한 상세한 논의를 전개하는 것도 보인다. 이는 거시적으로 행위자가 행위를 결정하는 전체과정의 측면에서 절차를 기준으로 임무위배 여부를 정하는 관점과 맞닿아 있다. 이러한 관점들에 대해서 이어서 검토하기로 한다. 한편 오늘날 재산상의 거의 모든 거래는 손해발생의 위험을 전제하고, 현대 경제활동의 양상은 과거에 비해서 크게 복잡한²³³⁾ 것이어서 모험거래는 현대 경제활동을 거의 대부분 포함할 여지가 있다. 이는 모험거래의 의무위반 판단기준이 배임죄 일반에 확장될 가능성이 제기될 수 있음을 의미한다.

V. 정보수집 및 조사분석 등 절차

본인의 의사에 집중하는 상기의 견해들과는 또 다른 맥락에서 정보의 수집 및 조사의무 같은 절차를 강조하는 견해들이 주장된다. 이 견해들은 주로 이사가 행한 모험거래²³⁴⁾에서 배임죄의 의무위반 판단기준에 관

부분); Waßmer, 앞의 책, 30면; Ransiek, 앞의 글(주 191), 651면도 기본적으로 이러한 입장이다.

230) BGH wistra 1985, 190(은행대출 사안). 모험거래 문제를 내부관계에서의 의무위반에 관련하여 본격적으로 논의한 최초의 판례이다. Jana Höhme, Untreuerrelevante Pflichtwidrigkeit bei Risikogeschäften, 2019, 66면 본문 및 주 77.

231) Waßmer, 앞의 책, 30면; Schönke/Schröder/Perron, 앞의 책, 2739면.

232) 예컨대 선관의무(통상의 성실한 업무집행) 같은 기준이다(독일 주식법 제93조 1항).

233) 손익발생의 예측에 고려할 요소가 과거와 비교할 수 없을 정도로 다양하다.

234) 특히 은행의 대출배임 사례이다.

하여, 이익취득 기회와 손실발생 리스크의 분석을 통한 리스크 감소의 여부에 기준의 초점을 두고 있다.

Ransiek는, 후술하는 바와 같이 은행법 제18조에 위반한 대출결정의 배임죄 성부에 있어서 대출결정 자체의 내용보다 대출에 이르는 과정을 지적인 연방대법원 판례에 주목한다. 그는 미국의 경영판단원칙도 예로 들면서 의무위반 판단에 있어서 절차의 중요성을 강조하고,²³⁵⁾ 절차가 의무위반 여부를 전적으로 좌우하지는 않지만 절차를 준수한 경우 남용이 명백한 경우에만 배임죄의 의무위반으로 된다고 주장한다.²³⁶⁾

Seier와 Lindemann은 본인과 행위자 사이의 내부관계를 중시하면서도, 내부관계에서 허용되는 리스크감수의 범위가 법령 또는 본인의 의사에서 명확하지 않은 경우 리스크분석의 중요성에 주목한다. 행위자가 행한 분석이 명백하게 불충분(예컨대 대상정보의 사안관련성의 고려 없이 마구잡이로 분석)하거나 분석을 전혀 하지 않은 때에는 배임죄의 의무위반으로 인정될 가능성이 있다고 한다. 다만 이러한 정보수집·조사분석 등의 불충분을 곧바로 의무위반으로 단정하기보다는, 의무위반 인정에 고려되는 단서로 파악한다.²³⁷⁾

Hadamitzky는 경영상 결정에 이르는 과정의 관점에서, 결정에 앞서서 손해 발생의 리스크를 감소시키기 위해서 거쳐야 하는 정보수집 및 의사결정 과정에 주목한다. 모험거래가 적법하게 수행되려면 이익취득 기회 및 손해발생 위험의 예측에 필요한 접근가능한 정보를 획득하고, 그것을 바탕으로 이익과 리스크를 신중하게 조사, 분석 및 평가한 결과에 따라 행위 여부를 결정하여야 한다는 것이다.²³⁸⁾ 사전에 필요하고 수집가능한

235) Ransiek, 앞의 글(주 191), 651면.

236) 위의 글, 677면 및 679면.

237) Achenbach/Ransiek/Rönnau, 앞의 책, 949면(Seier/Lindemann 집필부분). 이 견해에서는 적절한 정보조사를 규정한 주식법 제93조 제1항 2문을 언급하면서, 동 2문의 위반이 곧바로 제1문의 이사의 선관의무 위반 및 배임죄의 의무위반을 의미하지는 않지만 그것을 징표하는 단서일 수 있다는 설명을 부가한다.

238) Müller-Gugenberger, 앞의 책(주 223), 1166-1169면(Hadamitzky 집필부분). 이 견해에서는 주식법 제93조 제1항 2문의 정보의무 위반이 곧바로 같은 조 제1문의 이사의 선관의무 위반이나 배임죄의 의무위반을 의미하는가에 대한 특별한 언급이 없다. 다만 같은 책 1167-1168면이 제시하는 배임죄의 의무위반 인정사례(예컨대 다방면의 정보에 대한 신중한 검토 없는 대출실행)에 의하면 정보의무 위반시 곧바로 배임죄의 의무위반을 인정하는 견해로 평가될 여지도 있다.

정보 획득 없이 결정을 내린 경우, 또는 정보에 대한 신중한 조사, 분석, 평가가 충족되지 못한 결정은 의무위반이 될 수 있다는 입장이다.

이 견해들은 대체로 내부관계에서 본인의 의사 등에 의해서 허용되어 있는 리스크를 우선적으로 고려하고, 그것이 분명하지 않은 때에 비로소 정보의무의 이행과 같은 과정의 문제에 주목하는 점이 특징적이다. 이에 의하면 정보수집 및 분석 등 과정의 측면은 사안에 따라서 문제될 수도, 그렇지 않을 수도 있다. 그 때문에 학설 중 일부 견해는 배임죄의 의무를 논함에 있어서 정보의무 등 과정상의 의무를 ‘상대적’ 의무로 지칭하기도 한다.²³⁹⁾

특히 이사가 경영상 결정을 행하는 과정에서 정보조사의 이행에 관해 서는, 독일 주식법 제93조 제1항 제2문이 명시하고 있다. 내용은 “이사가 기업가적 결정 시에 적절한 정보를 기초로 회사의 이익을 위하여 행위를 한 것이 합리적으로 인정될 수 있는 경우에는 의무위반이 없다”는 것이다(안전항). 정보수집·조사를 이행하지 않아 동 제2문 위반이 인정되더라도 곧바로 같은 항 제1문의 선관의무 위반으로 되지 않고, 행위의 내용에 대하여 제1문의 선관의무 위반여부가 심사되는 구조이다. 이러한 주식법상의 판단을 배임죄의 의무위반 판단에 연결짓는 것이 판례이다. 그러나 형법 외에서 설정된 안전항이 배임죄 판단에서 과대평가되어서는 안되며 형법적 판단은 이와 별개라고 비판하는 견해도 있다.²⁴⁰⁾

최근에는 형법 고유의 관점에서 바라보는 배임죄 의무위반행위의 중대성의 관점에서, 절차위반을 중대한 의무위반행위로 위치짓는 견해²⁴¹⁾도 주장된다. 주로 모험거래 사례에서 논의되는 정보수집, 조사, 분석, 평가 등 거래상 위험의 감소를 위한 절차는 특정한 사법상 의무와 관계없이 이행되어야 하며, 이를 이행하지 않은 때에는 사법상 의무위반과 무관하게 배임죄의 관점에서 중대한 의무위반이 인정될 수 있다는 것이다.

Ⅵ. 동의의 효력

239) Bittmann, *Risikogeschaft–Untreue–Bankenkrise*, NStZ 2011, 364 (Relative = procedural Pflichten).

240) 예컨대 Schünemann, 앞의 책, 154면.

241) Leite, 앞의 글(주 211), 587면 이하 및 595면. 이 견해에 대한 평가로 Bittmann, *Betrug und Untreue*, wistra 2019, 448.

학설에서는 회사의 자본보호를 규정한 유한회사법 제30조 제1항²⁴²⁾에 위반한 유한회사 이사의 행위에 대해서 총사원이 동의한 경우에 배임죄 성부가 논의된다. 판례 및 대체적인 견해는 업무집행자의 처분이 회사의 존속을 위태화시키는 경우에는 총사원의 동의가 있더라도 배임죄가 성립한다고 한다.²⁴³⁾ 그러나 이에 대해서는 유한회사법 제30조의 취지는 본인의 재산보호와 무관한바, 그 위반을 배임죄의 의무위반으로 보게 되면 배임죄가 채권자보호를 위한 규정으로 변질된다는 일부 비판이 있다.²⁴⁴⁾ 한편 주식회사의 경우에는 독립성이 강화되어 있고 및 동의의 전제조건으로 경영상 문제에 대한 주주의 처분권이 충족되지 않아 주주의 동의가 배임죄의 의무위반 성립을 저지한다고 볼 여지는 더욱 축소된다고 설명된다.²⁴⁵⁾

VII. 이사의 의무위반이 문제된 사례

독일에서도 배임죄의 의무위반의 의미에 대하여 활발한 논의가 전개된 것은 주로 회사와 이사의 관계가 문제된 사안들이었다. 이것은 주체요건 충족에 의문이 없기 때문이기도 하다. 이사의 의무위반에 관련하여 의무위반의 중대성에 관한 연방대법원 판결이 나왔고, 명확성원칙에 관련한 헌법재판소 결정도 나오면서 활발한 논의가 전개되었다. 다만 그에 관한 논의는 아직 하나의 통일된 결론으로 귀결되지 못한 상황이다. 이하에서는 우선 이사의 배임죄가 문제된 판례의 태도를 개관하고, 의무위반의 사법종속성이나 중대성에 관한 판단은 관련 부분에서 살펴본다.

242) 원문은 다음과 같다. § 30 Kapitalerhaltung “(1) Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. Satz 1 gilt nicht bei Leistungen, die bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (§ 291 des Aktiengesetzes) erfolgen oder durch einen vollwertigen Gegenleistungsoder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind. Satz 1 ist zudem nicht anzuwenden auf die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen.”

243) BGHSt 35. 333; BGHSt 49. 147.; Schünemann, 앞의 책, 192면.

244) Kubiciel, 앞의 글(주 191), 359면.

245) Rönnau, *Untreue zu Lasten juristischer Personen und Einwilligungskompetenz der Gesellschafter*, in: FS für Amelung, 2009, 247, 267면.

1. 판례의 전개

(1) 연방대법원 2000년 4월 6일 판결

이 판결에서는 저축은행 이사의 은행법 제18조 1문²⁴⁶⁾에 위반한 대출 실행에 대해서 배임죄 성부가 문제되었다. 동 조에 따르면 일정액 이상 대출실행시 은행은 상대방의 재정상황을 조사(요구)할 의무가 있는데, 사안에서는 대출상대방 출자자의 연말결산서가 제출되지 않았다. 원심은 은행법 제18조 1문 위반이 곧 배임죄의 의무위반이라고 하여 피고인에게 배임죄 성립을 긍정하였다. 그러나 상고심인 독일연방대법원은 은행법 위반만으로는 바로 배임죄의 의무위반이 되지 않는다고 판시하였다.²⁴⁷⁾ 연말결산서의 필요내용이 다른 서류 등에 의해 보완될 가능성이 있다는 것이다. 이 판결은 은행법상 의무위반과 배임죄의 의무위반 판단을 분리함으로써 형법외적 의무위반 판단과 별도의 배임죄 의무위반 판단여지를 확보한 것으로서 긍정적인 평가를 받기도 하였다.²⁴⁸⁾ 또한 대출상대방의 재정상황에 관한 정보수집 및 조사의무를 이행했다면 배임죄의 의무위반이 인정되지 않는다고 설시하여, 대출결정의 내용 외에 조사과정에 주목점이 특색이다.²⁴⁹⁾ 다만 의무위반 판단에 이사의 사익추구목적을 고려²⁵⁰⁾

246) KWG(Kreditwesengesetz) §18 Kreditunterlagen Ein Kreditinstitut darf einen Kredit, der insgesamt 750 000 Euro oder 10 vom Hundert des nach Artikel 4 Absatz 1 Nummer 71 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 anrechenbaren Eigenkapitals des Instituts überschreitet, nur gewähren, wenn es sich von dem Kreditnehmer die wirtschaftlichen Verhältnisse, insbesondere durch Vorlage der Jahresabschlüsse, offen legen lässt.

247) BGHSt 46, 30. “형법 제266조의 의무위반 판단에서는 대출 시 상대방의 재정상황에 관한 조사 및 정보수집의무를 전체적으로 충분히 이행했는가 결정적이다. 은행법 제18조 1문 위반은 그 판단의 단서이기는 하나 그 의무해태가 다른 정보에 의해 보충될 가능성이 배제되지 않는다. 따라서 원심이 피고인이 연말결산서 제출을 요구하지 않은 것 외에 다른 구체적 사실인정에 나아가지 않은 점은 위법하다.”

248) Knauer, *Die Strafbarkeit der Bankvorstände für missbräuchliche Kreditgewährung*, NStZ 2002, 400.

249) Kubiciel, 앞의 글(주 191), 355면.

250) 동 판결의 관련 설시는 다음과 같다. “대출은 성질상 리스크를 부담하는 거래로서 대출 시에는 포괄적 정보에 기반해서 대출의 리스크와 그로부터 발생하는 기회를衡量해야 한다. 조사에 필요한 주의를 다했다면 사후적으로 문제가 발생하더라도 이를 이유로 의무위반이 인정되지 않는다. 리스크 조사에서 주의결여를 판단하는 단서로 정보수집의무 해태, 행위자의 권한부재, 공동책임자 및 감사위원 등에 대한 행위자의 허위 또는 불충분한 보고, 설정된 목적위배, 최대여신한도 초과, 대출을 결정한 이사가 자기의 이익을 위해서 행동하는 것을 들 수 있다.”

한 것은 객관적 요건에 주관적 요건을 침투시켜 행위요건을 훼손한다고 비판된다.²⁵¹⁾

(2) 독일연방대법원 2001년 11월 15일 판결

이 판결²⁵²⁾ 역시 은행법 제18조 제1문에 위반한 저축은행 대출에 관한 것이었다. 동 판결은 ‘형법 제266조의 의무위반에서 결정적인 것은 대출 시 은행의 통상적 절차에 따른 상대방의 재정상황에 관한 정보수집 및 조사의무에 대한 중대한 위반이 있었는가 여부이다’ 라고 판시하여 배임죄의 의무위반 판단에서 형법외적 의무위반의 중대성을 최초로 요구하고 있다. 사법상 의무의 중대한 위반에서 곧바로 배임죄의 의무위반이 도출되는 듯한 판결을 함으로써, 사법상 의무위반의 중대성 판단에 배임죄 의무위반 판단을 종속시켰다고 보이는 점에서 2000년 판결과 다르다.

(3) 독일연방대법원 2005년 11월 22일 판결 (Kinowelt 사건)

이 판결²⁵³⁾은 영화관 운영사업 등을 영위하는 A사의 주주이자 이사인 피고인이 사업영역을 확대하고자 B사를 자사기업집단에 편입하려 시도하였으나 곤란을 겪던 중, A사가 파산위기를 맞은 상황에서도 B사에게 A사 자금을 지원한 행위의 배임죄 의무위반 여부가 쟁점이었다.²⁵⁴⁾ 연방대법원은 ‘이사에게는...결정에 관하여 광범위한 재량이 인정된다. 이와 달리 경영상의 결정을 행할 자유의 한계를 초과하여, 그에 따라 자기가 관리하는 기업에 대한 주된 의무에 위반한 때에는 회사법상 의무위반이 인정되고 이는 동시에 형법 제266조의 의무위반을 기초짓는 정도로 중대하다’ 고 판시하였다. 이 판결은 연방대법원 민사부가 경영판단에 관하여 판시한 민사판결인 1997년 ARAG-Garmenbeck판결²⁵⁵⁾을 참조판결로 언급하고 있는바, 사법상 의무위반을 배임죄의 의무위반과 동일시했다고 평가된다.²⁵⁶⁾

251) Kubiciel, 앞의 글(주 191), 359면.

252) BGHSt 47, 148.

253) BGH NJW 2006, 453.

254) 이 사건에서 연방대법원은 A사가 파산위기에 처한 시점 이전과 이후를 분리하여 그 이전의 자금지원은 감사회결의에 따른 B사 매수방침에 기초했으므로 재량범위 내라고 할 수 있으나, 이후의 자금제공은 A사의 재정사정 등에 의할 때 의무위반이 인정된다고 하고 있다.

255) BGHZ 135, 244.

(4) 독일연방대법원 2005년 12월 21일 판결 (Mannesmann 사건 판결)

이 판결²⁵⁷⁾은 주식회사 감사위원회가 자사가 타사에 매각된 상황에서 자사 이사에 대하여 고액의 특별공로금(보수)지급승인을 의결한 것에 대해, 보수지급 의결이 배임죄의 의무위반인가 여부가 쟁점이었다. 원심²⁵⁸⁾은 그러한 의결이 주식법상 회사에 대한 의무에 위반하였음을 긍정하면서도 배임죄 성립에 요구되는 의무위반의 중대성이 인정되지 않는다고 판시하여 배임죄 성립을 부정하였다.

그러나 상고심에서 독일연방대법원은 이하와 같이 판시하여 원심판결을 파기환송하였다. “회사에 확실하게 재산상 손해를 발생시키는 조치를 해서는 안된다는 것은 주식법상 통상의 성실한 감사위원의 주의의무(주식법 제93조 제1항 1문, 116조 1문)의 일부로 형법 제266조 1항의 재산보호의무의 내용이다. 다만 손해발생의 결과를 발생시킨 일체의 결정이 이 의무에 위반한 것은 아니고, 결정의 예측적 성격으로 인해 기관의 광범위한 재량이 인정되는 경우에는, ARAG-Garmenbeck 판결이 판시하였듯 경영상의 결정에서는 책임의식에 따라 담보되고, 오로지 기업의 이익을 향하여, 결정기반의 신중한 조사에 기초하여야 하는 한계를 초월하지 않는 것을 조건으로 배임죄의 의무위반은 부정된다.”

이 판결은 경영판단에 관한 민사판결 및 그 기준을 배임죄 의무위반 판단에 원용한 점에서 역시 사법상 의무위반 판단과 배임죄의 의무위반 판단을 동일시한 것으로 평가될 여지가 있으나, 회사에게 재산상 손해를 발생시키는 조치를 하지 않아야 한다는 것으로부터 의무를 도출한 판시 부분은, 관점에 따라서는 반드시 사법종속적 판단에 의하지 않았다고 볼 여지도 있다.²⁵⁹⁾ 비교적 최근인 2016년 HSH Nordbank 사건²⁶⁰⁾에서 독일

256) Kutzner, *Einfach gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung als Untreue - Die Kinowelt-Entscheidung des BGH*, NJW 2006, 3541. 다만 학설 중에는 위 판결을 회사법상 의무위반으로부터 배임죄의 의무위반을 도출하기 위해서는 조건이 필요하다고 설시한 판시로 볼 여지가 있다는 견해도 있다. Schünemann, *Der Bundesgerichtshof im Gestrüpp des Untreuetatbestandes*, NStZ 2006, 198면.

257) BGHSt 50, 331.

258) LD Düsseldorf NJW 2005, 276. 의무위반의 중대성이 긍정된 공소사실에 대해서는 회피불가능한 금지착오(형법 제17조)를 인정하여 배임죄 성립을 부정하였다.

259) 예컨대 사법상 의무가 아닌, 본인에 현실적인 손해를 발생시키는 행위에 대한 일관적 금지를 배임죄의 의무의 기초로 바라보는 Schünemann의 관점이다. Schünemann, 앞의 책, 153면 참조.

연방대법원은 주식법상 이사의 의무위반 판단 여부를 배임죄의 의무위반 판단 여부에 수용하는 듯한 모습을 보이고 있다.

2. 소 결

독일연방대법원의 2000년 판결²⁶¹⁾에서 보인 배임죄의 임무위배 판단에 관한 형법독자적 시각의 표출은 이후에 선고된 판결들에서는 드러나지 않고, 독일연방대법원은 이 점에 대한 태도를 명확히 하고 있지 않다. 2005년 Kinowelt 판결부터는 경영판단에 관한 민사판결 기준을 배임죄의 의무위반 판단기준에 원용하는 것으로 보이고, 2006년 Mannesmann 판결 및 2016년의 HSH Nordbank사건 역시 주식법상의 재량 초과를 배임죄의 의무위반 판단에 연결짓고 있어, 배임죄의 의무위반 판단을 다른 법률에 의한 의무판단에 종속시킨 것으로 평가될 여지가 있다.²⁶²⁾

한편 은행법상 재정상황 조사의무에 위반한 사안에 관한 판결들이 대출행위의 내용 외에 그 과정인 정보수집·조사에 주목한 것도 특색이다. 향후 이러한 관점이 배임죄의 잠재적 적용대상인 재산거래 일반을 대상으로 어디까지 확장될수 있는가도 흥미로운 문제로 보인다.²⁶³⁾

제5항 검 토

이상의 논의에 따라 독일 배임구성요건이 갖는 특징 및 우리 임무위배 행위의 해석에 주는 시사점을 정리하면 아래와 같이 요약될 수 있다.

첫째, 독일 배임죄의 객관적 구성요건은 남용구성요건과 배신구성요건으로 구분되나, 통설과 판례인 일원설에 의할 때 그 핵심은 모두 재산보호의무의 위반이다. 독일의 학설은 재산보호의무의 근거규범이 본인의 손해를 보호하기 위한 목적을 갖고 있거나, 의무위반행위로 창출된 위험이 본인재산에 대한 위험일 것을 요구한다. 배임죄 규정이 보호하는 것

260) BGH NJW 2017,578; 후술 제4장 제3절 제3항 II. 참조.

261) 본 항 IV. 1. (1). 참조.

262) 의무위반의 정도에 관하여는, 2001년 이후 만네스만 판결까지는 사법상 의무위반을 전제로 배임죄 성립을 위한 의무위반을 위한 중대성을 판단하는 일종의 2단계 판단 방법을 취하였다고 이해될 여지가 있었지만 이는 만네스만 판결에서 부정되었다. 제4장 제1절 제3항 II 참조.

263) HSH Nordbank사건에서 모험거래 일반에의 확장가능성을 보였으나, 점차 재산거래 일반에 대한 확장을 기대하여 볼 수 있다.

은 본인의 재산상 손해라는 점에서 이러한 시도는 타당하다고 생각된다. 역시 본인의 손해발생이 요건인 우리 배임죄의 임무위배행위 해석에 있어서도, 이러한 측면이 기준으로 고려되어야 할 것으로 본다.

둘째, 의무위반의 판단과 관련하여, 독일에서는 특히 회사배임의 사례에 있어서 이사행위의 의무위반 성부 판단에 관하여 본인인 회사의 용인가능성 기준이 학설에서 유력하게 제시된다. 용인가능성 기준은 형법이 이사에게 특정 행위를 강요하는 것이 아닌 일정한 판단의 폭을 허용하는 점에서 이사가 갖는 경영상 재량을 이론적으로 보장하고, 형법의 보충성과 조화될 뿐 아니라, 신임관계의 개별성을 보장할 수 있다. 이 기준이 갖는 이러한 장점들은 우리 배임죄의 임무위배행위의 해석에서도 원용될 수 있을 것으로 생각된다. 또한 객관적 요건의 포괄성을 주관적 요건의 강화로 해결하려 하거나 의무위반 판단에 의도를 고려하는 판례에 대해 학설로부터 체계위반이라는 강력한 비판이 제기되는 점도 주목된다.

셋째, 의무위반의 사법종속성과 관련하여, 독일에서는 형법적인 판단여지를 인정했다고 보이는 판례와 그 반대의 판례가 병존하며 아직 명확한 통일적 결론이 도출되지 않은 상태이다. 또한 의무위반의 중대성과 관련하여서도 아직 명확한 결론이 도출되지 않았고 새롭게 의무위반의 명백성을 요구하는 판례도 출현하여, 아직 논의의 결론이 열린 채로 남아있다. 후술하듯 우리 형법에서는 배임죄의 임무위배행위와 관련하여 사법종속성이나 임무위배의 중대성에 관한 활발한 논의는 전개되고 있지 않다. 그러나 독일과 우리 형법의 배임죄 규정이 갖는 형태상의 유사성을 고려하면, 이러한 논의들은 우리 배임죄의 임무위배행위에 관해서도 논의될 여지가 있는 것으로 생각된다.

제3절 일본의 배임죄 및 특별배임죄

제1항 서 설

일본에서 배임적 행위에 대한 형사적 규율은 크게 일반적인 배임행위

를 처벌하는 형법상 배임죄(형법 제247조²⁶⁴⁾) 및 이사의 배임행위를 처벌하는 회사법상 특별배임죄(회사법 제960조²⁶⁵⁾)로 이원화되어 있다. 다만 양 죄의 구성요건은 서로 주체를 달리하는 것 외에는 행위, 결과, 목적 등 다른 구성요건에서 전혀 차이가 없다. 우선 형법상 배임죄의 경우에 임무위배행위를 구성요건적 행위로 규정한 점은 우리 형법의 배임죄와 동일하다. 그러나 객관적 구성요건에서 행위자나 제3자의 이익취득이 요구되지 않는 한편, 주관적 구성요건에서 행위자나 제3자의 이익도모 또는 본인에 대한 가해목적을 요구한다는 점에서 우리 형법과 다르다. 그 결과 본인에 대한 가해목적으로 손해를 발생시킨 순수한 가해적 행위도 동 조항의 배임죄로 처벌되고, 배임죄의 이육범적 측면은 자기 또는 제3자의 이익추구라는 주관적 목적에서만 문제된다.

특별배임죄에 관하여는 죄명 그대로 배임행위의 주체가 회사의 이사인 경우에 신분에 기하여 책임이 가중된, 형법상 배임죄에 대한 회사법의 특별규정으로 설명함이 통상이다. 처음에는 형법의 배임죄만 있었으나 이후 당시 독일의 입법례를 따라 상법에 특별배임죄를 추가하였고 이것이 회사법으로 분리되어 오늘에 이른다. 일본의 법령 및 입법과정에서 논의가 우리 법 제정에 영향을 주었음은 부정할 수 없는 사실이기에 그 입법과정에 대한 검토는 우리 법의 해석에 좋은 참고가 될 수 있다. 이하에서는 일본형법의 배임죄와 회사법상 특별배임죄의 각 입법과정 및 현행 규정의 각 해석론을 개관하고, 양 자 간 관계를 살펴보기로 한다.

264) 우리나라와 달리 업무상 배임죄를 규정하고 있지 않은 것이 특색이다.

265) 2006년에 일본 회사법이 제정되기 전에 일본 구 상법 제486조에 규정되어 있던 것이 회사법 제정 시에 동법으로 편입된 것이다.

일본회사법 제960조 다음에 기재한 자가 자기 또는 제3자의 이익을 도모하거나 주식회사에게 손해를 가할 목적으로 그 임무에 위배되는 행위를 하여 주식회사에게 재산상의 손해를 가한 때에는 10년이하의 징역 또는 1,000만엔 이하의 벌금에 처하거나, 이를 병과할 수 있다.

1. 발기인 2. 설립시 이사나 설립시 감사

3. 이사, 회계참여자, 감사 혹은 집행임원 (이하 각호 생략); 원문은 아래와 같다.

第九百六十条 次に掲げる者が自己若しくは第三者の利益を図り又は株式会社に損害を加える目的でその任務に背く行為をし当該株式会社に財産上の損害を加えたときは十年以下の懲役若しくは千万円以下の罰金に処し又はこれを併科する

一 発起人 二 設立時取締役又は設立時監査役

三 取締役 会計参与 監査役又は執行役 (이하 각 호 생략).

제2항 배임죄 및 특별배임죄의 형성과정

I. 배임죄의 형성과정

1. 현행형법 제정 이전의 배임죄

1880년 제정된 일본 구형법은 프랑스 법학자 G. É. Boissonade에 의해 나폴레옹 형법전의 영향을 크게 받았다. 이에 일본 구형법 제395조²⁶⁶⁾에 규정된 배임죄는 현행법의 배임죄와 달리 프랑스 구형법 제408조의 신뢰 침해죄처럼 위탁물의 횡령행위를 처벌하는 실질을 갖는 것이었다. 다만 프랑스 구형법 제408조가 위탁근거를 한정적으로 열거하고 미수를 불처벌한 것과 달리, 일본 구형법 제395조는 위탁근거를 한정하지 않고 미수를 처벌²⁶⁷⁾하였다. 이후 1890년 형법 개정안이 마련되었으나 역시 프랑스의 영향을 받은 것으로 배임죄에 근본적 변화는 없었다. 그러나 같은 해 메이지 헌법 제정 이후부터는 본격적으로 독일법의 영향이 강화되기 시작했고²⁶⁸⁾ 형법도 그에 부응하여 전면개정작업에 돌입함에 따라²⁶⁹⁾ 프랑스 형법의 영향력은 크게 축소되었다. 이후의 형법 개정안은 독일법을 새로운 모범 교본으로 지향하며 변혁의 전기를 맞이한다.

2. 현행 형법의 형성과정

1901년의 형법개정안 제282조는 위탁물의 횡령행위를 처벌하는 실질을 탈피하여 오늘의 배임죄에 근접한 배임행위를 처음으로 규정하였다.²⁷⁰⁾

266) **일본 구형법 제395조** “수기한 재물, 차용물 또는 저당물 기타 위탁받은 금액이나 물건을 소비한 자는 1월 이상 2년 이하의 중금고에 처한다.” 원문은 다음과 같다.
“第三百九十五條 受寄ノ財物借用物又ハ典物其他委託ヲ受ケタル金額物件ヲ費消シタル者ハ一月以上二年以下ノ重禁錮ニ處ス”.

267) **일본 구형법 제397조** “此節ニ記載シタル罪ヲ犯サントシテ未タ遂ケサル者ハ未遂犯罪ノ例ニ照シテ處斷ス”

268) 신동운, “일본 개정형법가안과 문서위조죄”, 서울대학교 법학 제58권 제2호, 2017. 6, 65면.

269) 자연히 프랑스형법의 영향을 받은 1890년 형법개정안은 입법으로 연결되지 못했다. 1890년 개정안의 배임죄에 대해서는 江家義男, 背任罪の研究(一), 江家義男教授刑事法論文集, 1959, 80면 이하.

270) 上嵐一高, 背任罪理解の再構成(三), 法学協會雜誌 108卷 8号, 1991. 8, 51면. 우리 배임죄에 영향을 준 일본 배임죄 규정의 시초라고 할 수 있다. 류전철, “배임죄에서 재산상 손해발생의 위험”, 전남대 법학논총 제30집 제1호, 2010. 4, 110면.

조문은 아래와 같다.

형법 개정안 (1901)

제282조²⁷¹⁾ 타인을 위하여 그 사무를 처리하는 자가 본인에게 손해를 가하거나 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 권한 외의 행위를 하여 본인에게 재산상의 손해를 가한 때에는 10년이하의 징역에 처한다.

위 조항은 행위를 ‘권한 외의 행위’ 라고 한 점, 목적요건에서 가해 목적을 이익도모보다 앞서 규정한 점, 절도죄의 장에 규정된 점 등 현행법과 다른 점이 적지 않다. 다만 현행 일본 배임죄에서 사용하는 이익도모 또는 본인가해목적, 즉 도리가해목적 요건 및 ‘타인의 사무를 처리하는 자’ 라는 주체요건을 최초로 도입한 점에서 큰 의의가 있다. 행위를 ‘권한 외의 행위’ 라고 한 것은 독일의 권한남용설의 영향으로 설명되나²⁷²⁾ 당시 독일의 배임죄는 목적을 요건으로 하지 않았기에 독일법의 영향만으로는 목적요건의 갑작스런 출현을 설명하기 쉽지 않다. 배임죄의 요건으로 ‘목적’ 을 요구하면서 이익도모와 가해목적을 선택적 요건으로 한 입법례로 당시 노르웨이형법초안²⁷³⁾이 있었다. 또한 주체를 일반화하여 규정한 입법례로는 배임죄의 주체를 ‘타인의 재산사무의 처리를 위탁받은 자’ 라고 정한 오스트리아형법초안이 있었다. 일본의 학설에서는 위 초안 중 목적요건은 노르웨이형법초안에서, 주체요건은 오스트리아 형법초안에서 각 영향을 받은 것으로 추정한다.²⁷⁴⁾ 이 안은 외국의 입법례를

271) 원문은 다음과 같다.

“第二百八十二条 他人ノ為メ其事務ヲ処理スル者本人ニ損害ヲ加ヘ又ハ自己若クハ第三者ノ利益ヲ図ル目的ヲ以テ権限外ノ行為ヲ為シ本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキハ10年以下ノ懲役ニ処ス”

272) 内田幸隆, “背任罪の系譜.およびその本質”, 早稲田法学会誌 51卷, 2001, 119면.

273) 현행 노르웨이 형법도 같은 형태를 유지한다. 원문(영문본)은 아래와 같다.

Chapter 26. Fraud and breach of trust

§ 275. Any person who, for the purpose of obtaining for himself or another an unlawful gain or inflicting damage, neglects another person's affairs which he manages or supervises or acts against the other person's interests shall be guilty of breach of trust.(이하 생략).

https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/NOR_penal_code.pdf

에서 확인 가능(최종확인일 2019. 9. 29.).

274) 内田幸隆, 앞의 글, 113면 이하. 内田幸隆은 당시 배임죄를 목적범으로 구성한 예는 노르웨이 형법초안 이외에 찾을 수 없으며, 노르웨이 형법초안의 독일어 번역본이

참고하여 필요한 요소를 적절히 취사선택하는 것에 의해 배임죄 조항의 혁신을 이끌어 내었으나, 이하에서 보듯 행위인 ‘권한 외의 행위’ 부분에 관한 논란 때문에 입법에 이르지 못하였다.

이듬해인 1902년 개정안은 직전 안의 ‘권한 외의 행위’를 현행 배임죄의 행위태양인 ‘임무에 위배한 행위’²⁷⁵⁾로 대체한 것 외에는 1901년 안과 거의 동일하다.²⁷⁶⁾ 그러나 동 초안은 ‘임무에 위배한 행위’ 개념을 최초로 사용함으로써 현행 배임죄로 이행하는 결정적 가교가 되었다.²⁷⁷⁾ 이러한 변경의 이유는 1901년 개정안에 의할 때 법률상 권한 없는 자의 행위가 제외되어 처벌범위가 협소하다는 비판이 당시 일본 내에서 강하게 제기되었기 때문이다.²⁷⁸⁾ 본 조의 구성요건에 포섭되는 임무위배행위의 예시로서, 입안자는 본인인 회사가 어떤 상품을 사재기(매점)하고 있었고 행위자²⁷⁹⁾가 그 사무를 위탁받아 상품의 매수만 허용되었고 매각할 수는 없었음에도 매수인과 공모하여 상품을 매각한 사례를 들면서, 행위자는 본인인 회사에게 손해를 발생시키고 행위자 자신의 이익도 도모한다는 두 가지 목적을 모두 갖고 임무위배행위를 한 것으로 설명한다.²⁸⁰⁾ 두 번째 사례로, 입안자는 상점의 지배인이나 중개인 같은 사람이 주인

1898년 공간되었기 때문에 당시 일본의 입법자가 1901년 초안 작성에 이를 참조하였을 것으로 추정한다. 목적을 제외한 배임죄 구성요건, 특히 주체의 일반화 부분에 대해서는 오스트리아 형법초안의 영향을 받았다고 한다. 内田幸隆에 의하면 일본의 1897년 형법개정안이유서에는 성안을 위하여 오스트리아, 핀란드, 이탈리아, 네덜란드 형법초안을 참조했다고 명시되어 있는데, 그 중에서 당시 최신이었던 오스트리아형법 제7차 초안이 참조되었을 것으로 추정되며, 동 안이 “그 외 타인의 재산사무의 처리를 위탁받은 자”를 배임죄의 주체로 명시하는 점이 이를 뒷받침한다고 언급한다. 内田幸隆, 앞의 글.

275) 원문은 “其任務に背キタル行為”이다.

276) 조문의 숫자가 제282조에서 제281조로 변경되었을 뿐이다.

277) 임무위배행위를 규정한 1902년 개정안이 1933년에 이르러서야 배신구성요건을 입법한 독일 개정법의 선취(先取)임을 강조하는 듯한 문헌도 있으나(平川宗信, “背任罪”, 芝原邦爾ほか 編, 刑法理論の現代的展開各論, 日本評論社, 1996, 234면; 田寺さおり, “明治44年商法改正における特別背任罪及び背任罪の立法経緯”, 変動する社会と格闘する判例・法の動き(渡辺咲子先生古稀記念)(京藤哲久・神田安積 編集代表), 信山社, 2017. 3, 129면에서 재인용) 큰 틀에서 볼 때 독일의 논의를 다소 이른 시기에 계수하여 채택한 것 이상의 의미를 부여하기 어렵다고 생각된다.

278) 内田幸隆, 앞의 글, 122면.

279) 원문은 仲買라고 표현하며 우리나라 현행 상법의 대리상에 유사하다.

280) 上嵐一高, 앞의 글, 51-52면(그는 본인인 회사의 손해에 사재기 실패로 인한 상품가치하락도 포함된다고 한다); 田寺さおり, 앞의 글, 127면.

에게 원한이 있어 재산상 손해를 주려는 생각으로 사야 할 물건을 사지 않았다는가 또는 팔아야 할 것을 팔지 않아 재산상의 손해를 입게 하는 경우를 제시하고 있다.²⁸¹⁾ 두 사례로부터, 위 안의 입안자는 본인에 대한 관계에서 부담하는 위임사무의 처리의무 위반행위에 임무위배의 초점을 맞추고 있었음이 간취된다. 이 안은 의회에 제출되어 귀족원에서 가결되었으나 중의원 계류 중 회기만료로 인해 결국 입법에 이르지 못하였고, 연이어 발생한 의회해산 등 급박한 정치적 사정으로 형법개정작업 전체가 잠시 중단되었다가 1906년에야 재개되었다.²⁸²⁾ 1906년의 개정작업을 거쳐서 이듬해인 1907년에 제정된 일본형법은 1912년의 조선형사령에 의해서 우리에게 적용된 의용형법인 동시에 일본의 현행 형법이기도 하다. 일본 형법 제247조는 아래와 같이 규정한다.

현행 일본형법

제247조 타인을 위하여 그 사무를 처리하는 자가 자기 또는 제3자의 이익을 도모하거나 본인에게 손해를 가할 목적으로 그 임무에 위배되는 행위를 하여 본인에게 재산상의 손해를 가한 때에는 5년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금에 처한다.²⁸³⁾

1906년 일본 사법성 법률조사위원회는 1902년 개정안을 바탕으로 형법 개정안을 작성, 이를 심의하여 1907년 2월 의회에 제출하였고, 이는 같은 해 의회에서 가결되었다. 1902년 개정안과 다른 점은 이익도모목적을 가해목적보다 앞에 위치시킨 점, 징역형 상한을 5년으로 낮추고 벌금형을 선택형으로 부가한 점, 편제상 사기 및 공갈의 죄에 편입된 점이다. 앞선 개정안의 혁신에 비해 주목받지 못하는 경향이 있으나, 이 변화는 매우 중요한 함의가 있다. 본 조에 영향을 준 것으로 추정되는 1871년 독일형법 제266조와 오스트리아형법초안 제284조는 모두 이익취득을 문제삼지 않는 가해범죄였고 오스트리아의 경우 이익추구가 가중처벌 사유

281) 江家義男, 앞의 글, 31면; 이를 소개한 국내의 문헌으로 문형섭, “배임죄에 관한 연구”, 호남대학교 대학원 박사학위논문, 2001. 2, 12면.

282) 内田幸隆, 앞의 글, 123면.

283) 원문은 다음과 같다.

“第二百四十七条 他人のためにその事務を処理する者が自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的でその任務に背く行為をし本人に財産上の損害を加えたときは、五年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。”

일 뿐이었다. 그러나 독일에서도 배임죄에 내재된 이득범죄적 성격을 규정에 반영하지 못한 당시 조항의 문제를 해결하기 위한 논의가 전개되고 있었기 때문에,²⁸⁴⁾ ‘이익도모 목적’을 배임죄에 규정하고자 했던 일본의 입법자 역시 이 문제를 인식했을 것으로 추측된다. 그렇다면 이익추구목적을 가해목적보다 전치시키고 그 편제를 이득죄인 ‘사기와 공갈의 죄’의 장에 위치시킨 것은, 일본의 입법자가 배임죄의 이득범죄적 성격을 중시했기 때문일 수 있다.²⁸⁵⁾ 실제로 일본의 학설은 위 안의 작성무렵 일본에서 배임죄를 ‘이득범’으로 이해하는 시각이 일반화되었음을 지적하며 이것이 위 안이 이익추구를 가해목적보다 전치한 이유가 되었을 것으로 추정한다.²⁸⁶⁾

1907년 개정 당시 입법이유서는 동 조에 관하여 타인을 위해 사무를 처리하는 자가 사리를 도모하거나 임무위배행위를 하여 본인에 손해를 가하는 일이 반복되어 치안을 해하므로 이를 처벌하기로 하였다고 언급한다.²⁸⁷⁾ 여기서 ‘사리를 도모하거나’ 부분을 제외하면 독일 배임죄의 구성요건과 거의 일치한다. 이로부터 일본의 입법자는 독일의 배임죄를 우선 염두에 두었음을 추측할 수 있다. 다만 횡령죄 개정안 제253조에 형을 가중한 업무상 횡령죄²⁸⁸⁾를 별도로 둔 것과 달리 배임죄에는 업무상 배임의 가중처벌을 규정하지 않았고,²⁸⁹⁾ 이는 횡령죄와 배임죄의 본질을 다르게 이해한 것이 하나의 원인일 수 있다. 그러나 이러한 태도는

284) 松宮孝明, “背任罪における「財産上の損害」, 「任務違背」, 「図利加害目的」の關係”, 立命館法学 375・376号, 2017, 427면. 같은 편의 본문 및 각주 13은 1906년의 독일 문헌 (Freudenthal, VDB, VIII. Band, 1906, 117면)을 인용하면서 행위자에게 이익추구 목적이 인정되는 사례에서는 본인에 대한 손해발생에 요구되는 주관적 요건에 있어서 (목적에 가까운) ‘의도적으로’ 하였을 것을 요하지 않고 (미필적 고의를 포함한) ‘고의’ 만으로 충분하다는 해석론이 당시 독일의 판례와 통설에서 전개되었음을 언급하고, 일본의 입법자 역시 그에 따른 입법을 의도했다고 한다.

285) 1902년 초안 성안과정에서도, 배임죄가 이득범죄라는 전제하에 가해목적은 이익추구목적에 필연적으로 수반되는 것에 불과하므로 가해 목적을 삭제하자는 의견이 일부에서 제시되기도 하였다. 상세는 松宮孝明, 위의 글, 427면.

286) 위의 글, 427-428면.

287) 平沼騏一郎 外, 刑法沿革總攬, 1926, 2212면; 신동운, “횡령 후의 횡령죄 성립 여부”, 297면에서 재인용.

288) 1907년 제정시 10년이하 징역형을 규정하였고, 1921년 하한(1년이상)이 추가되었다.

289) 후술 3. 및 제3장 제1절, 제3절 참조.

이후 형법개정예비초안 및 개정형법가안의 입안과정에서 변화된 모습을 보인다.

3. 형법개정예비초안 및 개정형법가안

형법개정예비초안은 개정형법가안의 심의재료가 되었고 개정형법가안은 우리 형법의 제정에 직접 큰 영향을 주었기 때문에 양 안 역시 검토할 필요가 있다. 1927년 2월의 형법개정예비초안은 그 무렵 사법성 행형국장이던 泉二新態의 주도하에 성안되었다.²⁹⁰⁾ 예비초안 제347조의 배임죄는 아래와 같다.

형법개정예비초안 (1927.2)

제347조²⁹¹⁾ 타인을 위하여 그 재산을 처리할 권한이 있는 자가 그 권한을 남용하여 본인에게 손해를 발생하게 한 때에는 5년 이하의 징역 또는 금고 또는 2천원 이하의 벌금에 처한다.

이 안은 행위정형에 있어 1901년 초안이 취했던 독일의 권한남용설의 태도²⁹²⁾로 회귀했고, 목적요건을 삭제한 가해범죄 형태로 입안되었다. 그 외에 미수를 처벌하지 않는 점, 배임죄를 횡령죄와 같은 장에 배치하고 장의 명칭을 ‘배임의 죄’로 한 점 등이 현행 일본형법과 다르다. 업무상 배임죄를 두지 않은 것 및 징역형 상한이 5년인 것은 현행법과 동일하다. 이후 동 예비초안을 기본 자료로 하여 형법 개정을 위한 본격적인 논의가 계속되었고, 그 결과 개정형법가안이 최종 성안되어 1931년 총칙 부분이, 1940년 각칙 부분이 각 발표되었다.²⁹³⁾ 동 안 각칙부분 제442조

290) 신동운, “일본 개정형법가안과 문서위조죄”, 서울대학교 법학 제58권 제2호, 2017. 6, 70면; 이진수, “횡령죄와 배임죄의 경계확정에 관한 연구”, 2008. 2, 42면.

291) 원문은 다음과 같다.

“第三百四十七條 他人ノ為其ノ財産ヲ処理スル權限アル者其ノ權限ヲ濫用シ本人ニ損害ヲ生セシメタルトキハ10年以下ノ懲役若ハ禁錮若ハ二千圓以下ノ罰金ニ処ス”

小野清一郎, ‘刑事法規集’ 第一卷, 法學叢書 13, 日本評論社, 1944, 236면. 이 법규집은 우리 입법자에 의해 참고되기도 하였다. 신동운, “횡령 후의 횡령죄 성립 여부”, 308면 주 49.

292) 배임죄의 본질에 관하여 주장된 Binding의 권한남용설은, 절도, 사기, 횡령, 배임은 각각 구별되는 고유의 영역을 갖고 있다는 점에서 출발한다. K. Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts : besonderer Teil, 1902, 395면 이하.

293) 개정형법가안의 성안과정에 관하여는, 신동운, 앞의 글(주 290), 61면 이하. 그 논의는 刑法改正起草委員會議事日誌(1927-1938년) 및 法務大臣官房調査課, 刑法並に監獄

이하의 배임죄에 관하여 아래와 같이 규정한다.

제43장 횡령 및 배임의 죄

제442조²⁹⁴⁾ ① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 물건을 횡령한 때 또는 상당한 이유 없이 그 물건의 반환을 거부하여 본인에게 재산상의 손해를 가한 때에는 5년 이하의 징역 또는 5천엔 이하의 벌금에 처한다.

② 타인의 사무를 처리하는 자가, 자기 또는 제3자의 이익을 도모하여, 그 임무에 위반한 행위를 하여, 본인에게 손해를 가하고, 재산상 불법한 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 한 때에도 또한 전항과 같다.

제443조 업무상의 임무에 위배하여 전조의 죄를 범한 자는 10년 이하의 징역 또는 1만엔 이하의 벌금에 처한다.

제445조 전3조의 미수범은 이를 벌한다.

형법개정예비초안의 배임죄에서 권한남용설의 입장을 취한 것과 달리 개정형법가안은 배신설의 입장으로 환원하여 행위를 ‘임무에 위배’한 행위로 규정한다. 또한 현행법이 주관적 구성요건으로 규정한 이익도모 또는 본인가해목적의 삭제하고, 실제로 본인에게 손해를 가하고 재산상 이익을 취득할 것을 객관적 구성요건으로 요구함으로써 배임죄의 이윤범죄 성격을 객관적 구성요건에 반영하였다. 이와 관련하여 일본 대심원 판례²⁹⁵⁾가 배임행위의 목적으로 도모되는 행위자 또는 제3자의 ‘이익’에 인격적 또는 신분적 이익도 포함한다고 판시한 것과 달리, 위 규정은

法改正調査委員会議事速記録에 기재되었다. 개정형법가안의 성안과정에 관한 일본의 문헌으로 林弘正, 改正刑法假案成立過程の研究, 成文堂, 2003 참조.

294) 원문은 다음과 같다.

“第442條 他人ノ財物ヲ保管スル者其ノ物ヲ横領シタルトキ又ハ相常ノ理由ナク其ノ物ノ返還ヲ拒ミ本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキハ5年以下ノ懲役又ハ5千圓以下ノ罰金ニ處ス

他人ノ事務ヲ處理スル者自己又ハ第3者ノ利益ヲ圖リテ其ノ任務ニ背キタル行爲ヲ爲シ本人ニ損害ヲ加ヘテ財産上不法ノ利益ヲ得又ハ第3者ヲシテ之ヲ得シメタルトキ亦前項ニ同ジ.”

295) 일본에서는 현재까지도 이러한 태도가 통설이자 판례이다. 大判大正 3. 10. 16 (특별 배임죄에 관한 판례) 참조. 上柳克郎 外, 注釋會社法(13), 有斐閣, 564면. 오늘날 배임죄에 관한 설명에서도 이 판례가 인용된다. 山口厚, 刑法各論(第二版), 2011, 307면에서 재인용.

취득대상인 이익을 ‘재산’ 상 이익에 한정된 것도 주목된다. 이것은 이안의 성안과정을 주도한 牧野英一이 횡령죄와 배임죄의 본질을 동일한 것으로 보아 양자 모두를 신임관계에 위반하여 재산을 취득하는 범죄로 파악하면서 양자는 객체만이 다를 뿐이라 하여 배임죄를 이득죄로 관념한 것을 입법에 반영한 결과로 보인다.²⁹⁶⁾ 징역형의 상한은 5년으로 유지되고 있으나, 형법 및 예비초안에 없었던 업무상 배임죄를 신설하고 그 징역형의 상한을 10년으로 크게 높인 것도 주요한 변화의 하나이다. 위 가안은 일본에서는 입법에 이르지 못하였으나, 우리나라의 해방 이후 우리말법전 편찬이 시급하였던 시대적 상황 속에서 제정형법의 입법에 큰 영향을 끼쳤다.

II. 특별배임죄의 형성과정

1. 서설

현재 일본 회사법 제960조에 규정된 특별배임죄는 일본 구 상법 회사편제486조에 규정되었던 특별배임죄가, 2006년 상법에서 회사법을 분리하여 단일 회사법²⁹⁷⁾으로 제정되면서 회사법에 편입된 것이다. 일본 구 상법에 특별배임죄가 처음 도입된 것은 1938년 상법개정시였다. 그러나 그 입법 필요성이 논의된 것은 그보다 훨씬 앞서였고, 이미 1911년에 특별배임죄 입법이 제안된바 있었음은 주목할 만하다. 이에 일본에서 배임적 행위의 규율에 관한 이원적 구조가 형성 및 유지된 것은 이제 80여년에 이르고, 업무상 배임죄가 없는 일본에서 이사의 배임적 행위의 처벌

296) 개정형법가안 초안의 성안 및 그에 대한 본위원회의 심의과정을 주도한 牧野英一은 가안의 배임죄 부분 논의를 위한 기초위원회 심의에 출석하여 아래와 같이 발언하였다(원문은 刑法改正起草委員會議事日誌, 제269회, 1935. 3. 12. 발언. 이하는 신동운, “횡령 후의 횡령죄 성립 여부”, 306면에 소개된 우리말 번역을 인용하였다)

“현행법에 있어서의 횡령, 배임죄는 각 별도로 규정되어 있기 때문에 그 적용에 곤란함이 생기는 경우가 있으므로 가능한 한 1개 조문으로 묶어서 규정하는 것이 편리하다는 취지에서, 앞서 모토지(泉二) 위원으로부터도 같은 취지의 제안이 있었지만 그 규정이 추상적이기 때문에 태도를 유보하였으므로, 일용 저의 느낌에 따라서 본 수정안을 작성한 것입니다. 저의 지금까지의 관념에 따르면 횡령죄와 배임죄는 같은 성질의 것으로서 배임죄의 넓은 의미 가운데에서 횡령죄를 취급하는 것이 지당하며, 다만 횡령죄는 물건에 관한 것으로, 배임죄는 물건 이외의 것에 관한 것으로 하는 것이 논리적으로도 간단하다고 생각하였습니다”.

297) 구 상법 회사편 이외에 별도법령이던 유한회사법 등을 하나의 법전으로 정리했다.

은 이사 자격이 부정되지 않는 한 특별배임죄에 의하기 때문에²⁹⁸⁾, 사실 이 글의 주제는 일본에서는 특별배임죄의 문제라고 할 수 있다. 다만 일본에서는 특별배임죄와 배임죄의 본질이 동일함을 전제로, 특별배임죄는 주체의 특수성으로 인해 배임죄의 책임을 가중한 특별규정이라는 입장이 통설이기 때문에, 양 죄간 배임행위의 일반론에 관한 설명에 차이가 없고 특별배임죄에 관한 판례를 배임죄 판례로 소개하거나 양자를 함께 설명함도 일반적이다. 따라서 이하에서는 양 죄간 그러한 관계가 정립된 경위의 이해에 필요한 범위에서 그 형성과정을 검토하고자 한다.

2. 제1차 상법개정시 특별배임죄 도입논의

일본정부가 1911년 의회에 제출한 제1차 상법개정안은 제261조에 특별배임죄를 규정하고 있었는데, 입안자는 이것을 당시 독일형법 제266조의 구성요건을 완화하고 형을 가중한 독일상법 제312조²⁹⁹⁾의 예에 따라 일본상법에 도입된 일본형법 제247조의 특별규정이라고 설명하였다. 입안자는 위 안의 최초 제안 시 주식회사 이사의 배임이 갖는 높은 불법성을 강조하였다. 즉 배임죄 사례 중 특히 주식회사의 기관이 본인인 회사에 이를 범하는 경우 회사는 재산단체이기 때문에 재산감소가 단체 자체에 영향을 끼치는 것은 물론, 특히 주주, 사채권자 등 이해관계자의 광범위성으로 인하여 일반사회에 끼치는 해독이 심각하고 중대성이 커서 중별할 필요가 있다고 하면서, 일반배임죄보다 요건을 완화하고 형을 가중한 독일상법 312조의 예에 따라 상법에 가중처벌규정을 도입하여야 한다는 취지이다.³⁰⁰⁾ 최초 제안된 안에서는 형의 가중에 그치지 않고 구성요건 중 목적과 손해요건까지도 완화하여 이사가 사리추구등 목적 없이 그 임무에 위배하여 재산상의 손해를 발생시킬 수 있는 행위를 한 때에는 실

298) 사실상 이사 등의 의율이 문제되는 사안에서 특별배임죄의 주체성이 부정되는 경우 일반배임죄에 의하여 처벌한다.

299) 1897년 독일상법 제312조는 “이사, 감사 또는 청산인이 의도적으로 회사에 손해를 가하는 행위를 한 때에는 금고형과 동시에 2만마르크 이상의 벌금을 병과한다. 전항의 경우에는 공권박탈을 병과할 수 있다.” 라고 하여 특별배임죄를 규정하였다. 이 규정은 손해를 가하는 일체의 행위를 처벌하여 형법의 배임죄보다 요건이 완화되어 있고, 구금형의 상한도 없다. 전술 제2장 제2절 제2항 II. 참조.

300) 田寺さおり, 앞의 글(주 277), 120-121면에 소개된 기초위원 齊藤十一郎의 발언 및 주 19 참조. 다만 이하 각주에서 보이듯 형법의 배임죄보다 요건이 더욱 완화되어 있어 그에 포함되는 관계라고 할 수 없으므로 엄밀히는 특별규정으로 보기 어렵다.

제 손해발생 여부를 불문하고 중한 형으로 가중처벌하도록 되어 있었다.³⁰¹⁾ 그것에 포섭되는 임무위배행위의 사례로 입안자는 이사가 회사로 하여금 자기주식을 취득하게 하는 행위를 예시하였다.³⁰²⁾ 그러나 논의과정에서 구성요건과 형벌 모두에 대해 반대가 적지 않아, 결국 목적을 요하지 않는 것으로 유지하되 손해의 발생을 요구하고 미수를 처벌하면서 법정형을 낮추는 형태의 수정안이 정부제출 최종안³⁰³⁾으로 결정되었다.

정부최종안은 특별배임죄 외에 뇌물범죄와 과실범 등 처벌규정을 일괄한 형태로 의회에 제출되었으나, 일부 문구만 수정후 가결한 귀족원과 달리 중의원에서는 처벌범위가 넓고 가혹하다는 지적을 받아 가결되지 못했다.³⁰⁴⁾ 이에 중의원의 비판을 수용하여 구체적 행위유형을 개별 열거하고 이익도모나 가해목적을 삭제하여 그러한 목적이 있는 경우 형법 제247조를 적용하고 목적이 없는 경우에 법정형을 낮춘 상법의 개정조항을 적용하는 것으로 변경하여 가결되었다.³⁰⁵⁾

3. 제2차 개정상법에 의한 특별배임죄의 도입

301) 입안자가 최초로 제안한 상법개정안 제261조 초안은 “이사, 주식합자회사의 업무를 집행하는 사원, 감사 또는 주식회사나 주식합자회사의 청산인이나 지배인이 그 임무에 위배하여 회사에 재산상의 손해를 발생하게 할 행위를 한 때에는 7년 이하의 징역 또는 5천엔 이하의 벌금에 처한다.”는 것으로, ‘임무에 위배하여’라는 행위를 규정한 부분을 제외하면 독일상법 제312조와 거의 유사하였다. 원문은 다음과 같다. “取締役、株式合資會社の業務を執行する社員、監査役又は株式會社若しくは株式合資會社の清算人若しくは支配人が其任務に背き會社に財産上の損害を生ずべき行為を爲したるときは7年以下の懲役又は5千円以下の罰金に処す”

法務大臣官房司法法制調査部監修, 第二次法律取調委員會商法中改正法律案議事速記録一, 日本近代立法資料叢書20, 商事法務研究会, 1985, 371-373면(齊藤十一郎 집필); 田寺さおり, 앞의 글(주 277), 119면에서 재인용.

302) 위의 글, 121면.

303) 「取締役、株式合資會社の業務を執行する社員、監査役又は株式會社若しくは株式合資會社の清算人若しくは支配人が其任務に背きたる行為を爲し會社に財産上の損害を加へたるときは5年以下の懲役又は5千円以下の罰金に処す前項の未遂罪は之を罰す」; 商事法務研究会, 앞의 책, 374면(齊藤十一郎 집필); 위의 글, 122-123면에서 재인용.

304) 伊東研祐, “特別背任罪の解釈視座について - 昭和13年商法罰則改正と改正刑法假案 -”, 島大法学 第56卷 第4号, 2013, 29면.

305) 변경 가결된 조문(4개 행위유형)은 원안의 특별배임죄와 실질적 관련성이 낮아 소개하지 않는다. 법정형도 1년이하의 중금고로 크게 하향되어 있다. 가결조문의 원문과 내용은 위의 글, 26면 주 7) 참조.

제1차 개정 이후 30년 가까이 경과한 1938년에 일본 상법 제2차 개정이 단행되었다. 경제규모의 폭발적 팽창에 수반하여 주식회사의 규모 및 주주, 채권자 등 이해관계자의 범위가 종래보다 비약적으로 확대되었고,³⁰⁶⁾ ‘소유와 경영의 분리’가 진행되어 가는 과정에서 경영기구의 정비 및 이사의 업무집행에 대한 감독기능 강화가 시급하였기 때문이다. 따라서 이사의 책임강화가 2차 개정의 가장 큰 특징이었고 그 중심에 특별배임죄를 비롯한 이사 형사책임의 확대가 있었다.³⁰⁷⁾ 제2차 개정상법 486조³⁰⁸⁾의 특별배임죄는 이사가 임무위배행위로 회사에 손해를 가하는 것을 구성요건의 기본구조로 함으로써 위 1차개정시 정부제출안 제261조 제1항의 형태로 회귀하였다. 또한 형법상 배임죄와 동일하게 이익추구나 가해목적을 요구하여 행위, 결과 및 목적이라는 구성요건의 구조에서 현 특별배임죄의 골간을 확립하고 있다. 형벌 역시 징역형 상한을 5년으로 가중하여 1차개정 정부제출안과 일치시켰다. 이는 주식회사의 규모확대에 따라 그 사회적 중대성이 증대하고 회사임원에 의한 범죄가 사회에 끼치는 해악이 심각하며³⁰⁹⁾ 이익도모나 가해목적 없는 이사의 임무위배행위도 사회적 해악이 증대하여 가중처벌이 필요하다고 한, 1차 개정시 지적되었던 취지를 비로소 의회에서 이의 없이 승인하기에 이르렀다고 볼 수 있다. 그런데 이에 의하면 특별배임죄가 형법의 배임죄와 본질이 상이한 범죄가 아닌가라는 의문이 제기될 수 있다.³¹⁰⁾ 즉 본인인 회사와

306) 위의 글, 32면.

307) 위의 글, 31면. 한편 1933년의 台湾은행배임사건이 내각 붕괴로 이어진 것이 배경으로 제시되기도 한다. 落合誠一 編, 會社法コメンタル 雜則 [3]・罰則, 商事法務, 2011, 60면(島田聡一郎 집필부분).

308) 第四百八十六條 發起人, 取締役, 株式合資会社ノ業務ヲ執行スル無限責任社員監査役又ハ株式会社若ハ株式合資会社ノ第二百五十八條第二項, 第二百七十一條第一項, 第二百七十二條第一項若ハ第二百八十條ノ職務代行者若ハ支配人其ノ他營業ニ関スル或種類若ハ特定ノ事項ノ委任ヲ受ケタル使用人自己若ハ第三者ヲ利シ又ハ会社ヲ害センコトヲ図リテ其ノ任務ニ背キ会社ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキハ七年以上ノ懲役又ハ一萬圓以下ノ罰金ニ處ス

整理委員, 監督員, 第三百五十八條第一項ノ管理人又ハ株式会社若ハ株式合資会社ノ清算人若ハ第四百三十條第二項ノ職務代行者前項ニ掲グル行為ヲ為シタルトキ亦前項ニ同ジ

309) 당시 일본의 입법자는 유한회사보다 주식회사의 일반 공중예의 폐해가 큼을 강조하면서, 유한회사법상 특별배임죄보다 상법상 주식회사 특별배임죄의 형을 더욱 가중하였다. 상세는 五十嵐さおり, “特別背任罪の主体について”, 法政理論 第43卷 第2号, 2011, 10면.

310) 小田直樹, “特別背任罪の一考察－制度論を取り込んだ刑法解釈の試み－(1)”, 神戸法

이사간 관계의 규율을 넘어 회사재정의 건전성이나 사회전체 경제상황의 건전성이라는 사회적 법익을 보호하는 범죄인가라는 의문이다. 그렇게 볼 경우 특별배임죄의 임무위배행위는 형법상 배임죄와 달리 해석함이 논리적일 수 있다. 다만 특별배임죄의 입법과정에서 사회적 법익과 개인적 법익의 구별에 대한 문제의식을 갖는 논의는 발견하기 어렵다.

위 입안 시 일본에서는 형법상 배임죄에 업무상 배임죄의 도입필요성 논의가 활발하였고 실제로 동 시대에 형법개정작업으로 성안된 개정형법 가안에는 업무상 배임죄가 도입되었다. 당시 형법과 관련한 실무계에서는 업무상 배임죄의 도입이 필요하다는 견해가 별다른 이견이 없을 정도로 공감대를 형성한 것으로 보인다. 그리고 형법분야에서의 이러한 인식은 상법분야의 논의에도 영향을 주고 있다. 제2차 상법개정 직후에 발간된 개정상법 해설서에서는, 특별배임죄의 도입에 관하여 설명하면서 심지어 배임죄의 업무상의 (책임)가중규정이 필요하다는 실무와 학계의 ‘일치된 견해’를 주식회사의 이사에 대해 입법적으로 구현했다고까지 기술한다.

“형법이 업무상 횡령죄를 일반횡령죄와 구별하여 그 형을 가중하는 것 같이, 배임죄에 대해서도 업무상 배임이라는 관념을 인정하고 그것을 일반배임죄와 구별하고 그 형을 가중함이 적당하다고 운위하는 것은 실무가, 학자간의 일치한 의견이어서, 형사입법상 하나의 새로운 사고방식인데, 그러한 사고가 일부분 이것 등의 규정으로 구현되었다고 볼 수 있다.” 311)

위 서술은 특별배임죄의 실질적 기원인 1차개정 정부제출안 입안자의 발언에 불구하고, 실무에서는 이미 특별배임죄의 도입 직후부터 동 죄를

学雑誌 第68巻 第4号, 2019, 21-41면; 伊東研祐, 앞의 글(주 304) 및 五十嵐さおり, 위의 글이 모두 그러한 취지이다.

311) 奥野健一ほか『株式会社法積義(改訂版)』巖松堂, 1940, 532면; 五十嵐さおり, “特別背任罪の主体について”, 法政理論 第43巻第2号, 2011, 10면에서 재인용. 원문은 다음과 같다. “刑法が業務上横領罪を一般横領罪と区別し其の刑を加重せる如く, 背任罪に付ても業務上背任なる觀念を認め, 之を一般背任罪と区別し其の刑を加重するのが適當であると云ふことは, 實際家, 学者間の一致した意見であって, 刑事立法上の一つの新しい考へ方であるが, 其の考へ方が一部此等の規定に具現されたと見ることが出来る”

‘업무상’ 배임죄의 부분적 도입으로 받아들였음을 보여준다. 그 배경에는 업무상 배임죄의 도입필요에 대한 ‘형법’의 요청이 있었다. 위 입법 후 업무상 배임죄의 입법이 뒤따르지 않은 것으로부터, 특별배임죄의 입법에 의해 업무상 배임죄에 대한 입법수요가 만족할 수 있는 정도로 해소되었음을 추측할 수 있다. 이후 특별배임죄와 형법상 배임죄의 관계는 형법에서 업무상 횡령죄와 일반횡령죄의 관계처럼, 양 죄의 본질을 동일하게 보는 전제에서 주체가 이사의 신분을 갖는 경우 직책의 중요성에 의해 책임이 가중된다고 하는, 양자 간에 불법의 질적 차이가 아닌 책임의 양적 차이를 강조하는³¹²⁾ 해석이 견지되어 왔다. 이것에 의할 때 상법(회사법)상 특별배임죄의 임무위배행위와 형법상 배임죄의 그것 간에 최소한 이론상으로는 다른 점을 찾아보기 어렵게 되었다. 현재에도 상법상 특별배임죄를 형법상 배임죄에 대해 신분을 이유로 책임이 가중되는 가중적 신분범으로 설명함이 일본의 통설³¹³⁾이고, 판례³¹⁴⁾이다.

이렇게 볼 경우 특별배임죄는 행위주체가 회사의 이사 등인 일반배임의 특수한 사례일 뿐이어서 배임죄와 구별하여 논할 실익이 거의 없고, 형법에 업무상 배임죄가 도입될 경우 특별배임죄는 그것에 흡수될 수 있다는 결론으로 귀결된다. 실제로 비교적 최근에 진행된 일본 형법 개정 작업에서도 이런 이해가 그대로 드러나고 있다. 즉 1973년 개정형법초안³¹⁵⁾은 업무상 배임죄를 신설하였는데, 그 이유로 경제성장에 따라 배임죄 비중이 증대한 점, 죄질이 동일한 횡령죄에 대해 업무상 가중규정이 존재하는 점 및 형법범의 색채가 강한 상법의 특별배임죄를 형법에 흡수할 필요가 있음을 들고 있고, 심의요록 상으로도 줄곧 업무상 배임죄와 특별배임죄의 죄질의 동일성을 전제로 논의가 진행되고 있다.³¹⁶⁾

312) 그러나 책임의 양적 차이만으로는 별도의 ‘유형화’를 근거짓기 부족함을 지적하는 견해가 있다. 伊東研祐, 앞의 글(주 304), 24면.

313) 落合誠一 編, 앞의 책(주 307), 59면 (島田聰一郎 집필).

314) 東京高判 昭和 30.12.28; 落合誠一 編, 전거서, 59면에서 재인용.

315) 1973년 일본 ‘개정형법초안’의 내용은 우리말로 번역·소개되어 있다. 형사법개정 특별심의회, 일본형법개정작업경과와 내용, 1989. 5. 참조.

316) 伊東研祐, 앞의 글, 46면 이하. 그 입안과정에서는 형법에 배임죄의 가중유형이 없기 때문에 부득이 특별법에서 특별배임죄를 규정한 것이므로, 형법에 업무상 배임죄 입법을 요한다는 언급이 보인다고 기술한다.

현재 일본회사법 제960조에 규정된 특별배임죄는 제정 시의 특별배임죄에 비교할 때 징역형의 상한이 7년에서 10년으로, 벌금형 상한이 1만 엔에서 1천만엔으로 각 상향된 것을 제외하면 특별한 변화가 없다. 결국 상술한 경위로, 특별배임죄에 관한 일본의 논의는 주체 부분을 제외하고 형법의 배임죄와 동일한 법리로 설명됨이 일반적이다. 이하에서는 일본 배임죄의 해석에 관한 논의현황을 간략히 살펴보기로 한다.

제3항 배임죄에 관한 학설과 판례

1. 배임죄의 본질과 요건

일본에서도 배임죄를 설명함에 있어서는 일반적으로 구성요건의 통상적 체계에 따라 개별 구성요건요소를 차례로 검토하는 형태를 취한다. 배임죄에 관한 종래 학설의 논의는 주로 주체나 목적 요건에 초점을 두었던 것이 특징인데, 2004년 및 2009년에 특별배임죄에서 임무위배의 문제를 다룬 최고재판소 판례선고를 계기로 임무위배행위에 대해 논하는 문헌도 점차 나타나고 있다.³¹⁷⁾ 다만 독일과 일본의 양 배임죄 간 행위정형의 유사성에 불구하고, 배임죄의 의무위반과 사법상 의무위반의 관계나 의무위반의 중대성 요부 등에 관한 독일의 여러 논의에 비교할 때 일본에서 임무위배행위에 관한 논의는 상대적으로 활발하다고는 보이지 않는다. 그 배경으로는 임무위배행위에 관하여 판시한 최고재판소판례가 비교적 최근의 것이고, 동 논점이 주된 쟁점이 될 수 있는 특별배임죄 사건 자체가 많지 않은 점³¹⁸⁾³¹⁹⁾도 들 수 있을 것이다. 특별배임죄와 배임죄는 주체 요건 외에 다른 요건에 대한 설명을 공유하는바, 이하에서는 일본에서 배임죄의 본질논의를 출발점으로 특별배임죄의 각 요건에

317) 예컨대 品田智史, “背任罪における任務違背(背任行為)に関する一考察(一)・(二)” 阪大法学 59卷 1号・2号, 2009. 5・7; 島田聡一郎, “背任罪における任務違背行為”, 植村立郎判事退官記念論文集・現代刑事法の諸問題 第1卷, 立花書房, 2011, 241면 이하; 林幹人, “背任罪における任務違背行為”, 判例時報 2098号, 2011. 2, 10-14면 등.
318) 山口厚・佐伯仁志・井田良・橋爪隆・島田聡一郎・渡辺咲子・今井猛嘉, “背任罪”, 現代刑事法研究會 第6回 座談會(2010. 7. 19. 개최)(이하 “좌담회”), JURIST 1408号, 2010. 1, 125-126면(渡辺咲子 발언) 참조.
319) 일본에서는 이사의 제3자에 대한 책임 및 주주대표소송등 민사책임의 추궁이 활발하다고 한다. 송옥렬, 상법강의, 홍문사(제9판), 2019, 1084면 등.

관한 해석 및 임무위배행위와의 관계를 검토하고자 한다.

(1) 배임죄의 본질

우리나라에서처럼 일본에서도 배임죄 문헌의 다수는 본질론을 출발점으로 하여 본격적인 논의를 시작한다.³²⁰⁾ 과거 牧野英一로 대표되는 배신설³²¹⁾과 瀧川幸辰으로 대표되는 권한남용설³²²⁾ 간에 치열한 대립이 있었으나 현재는 법적 대리권의 남용이라는 원래적 의미의³²³⁾ 권한남용설 지지자를 찾기 어렵고, 배신설이 통설³²⁴⁾이자 판례³²⁵⁾로 설명된다. 한편 권한남용설의 변형인 ‘배신적 권한남용설’이나 ‘새로운 권한남용설’³²⁶⁾, 또한 배신설을 변형한 ‘한정배신설’³²⁷⁾등이 주장되고 있고, 이것은 배신설에 따른 처벌범위의 과도한 확장을 제한하려는 시도라고 한다. 다만 배임죄의 성립범위는 기본적으로 임무위배 또는 목적 등 구성요건요소의 해석문제일 것이다. 일본에서도 최근 일본에서 주장되는 한정배신설 등 배임죄의 본질에 관한 견해가 임무위배행위의 해석에 관하여 별다른 실익이 없음을 지적하는 견해가 보인다.³²⁸⁾

320) 예를 들어 江家義男, 앞의 글, 36면 이하 등.

321) 牧野英一, “背任罪の本質”, 刑法研究 第9卷, 有斐閣, 1940, 409면.

322) 瀧川幸辰, “背任罪の本質”, 民商法雑誌 第1卷 第6号, 1935, 11면; 瀧川幸辰刑法著作集(4), 1981, 466면 이하 수록본을 인용.

323) 平野龍一은 瀧川幸辰의 견해가 반드시 법적 대리권 남용을 전제로 했다고는 보이지 않는다고 한다. 平野龍一, “横領と背任 再論”, 刑事法研究 最終卷, 2005, 80면.

324) 예컨대 山口厚, 刑法各論(第二版), 有斐閣, 2010, 319면.

325) 大判大正 3. 6. 20(사실행위에 특별배임죄 인정). 다만 배신설을 취하는 견해의 대부분이 구성요건의 제한적 해석이 요청된다고 언급하는 점에서 실질적으로 한정배신설과 다르지 않다.

326) 배신적 권한남용설은 권한남용설을 전제로 주체에 법적 대리권에 한하지 않는 일정한 사실상 권한을 갖는 자까지 포함하는 견해이고, 새로운 권한남용설은 배임행위에 사실상의 사무처리권한을 남용하는 행위가 포함된다는 견해이다. 배신적 권한남용설로 藤木英雄, 刑法講義各論, 1976, 弘文堂, 354면; 大塚仁, 刑法概説(各論)(第3版増補版), 2005, 317면 등; 새로운 권한남용설로 平野龍一, 앞의 글, 34면; 前田雅英, 刑法講義各論(第3版), 東京大學出版會, 1999, 270면.

327) 배신설을 전제하되 배임죄의 신임관계를 한정적으로 파악하는 견해이다. 山中敬一, 刑法各論(第3版), 2015, 456면; 佐伯仁志, “背任罪”, 法學教室 378号, 2012, 103면.

328) 品田智史, 背任罪における任務違背(背任行為)に関する一考察(一), 阪大法学 59卷 1号, 104면. 권한남용설은 임무위배행위를 유효한 법적권한을 갖는 자가 행하는 법률행위인 남용행위로 한정하는 면은 있으나, 나아가 무엇이 권한남용인가의 판단기준을 논의하지 않는다는 것이다. 따라서 배신설과 권한남용설 같은 본질론만으로는 임무위배행위의 내용이나 가벌과 불가벌의 경계가 설명되지 않는다고 한다.

(2) 배임죄의 주체

일본형법 제247조는 배임죄의 주체를 “타인을 위하여 그 사무를 처리하는 자”로 규정한다. 여기에서 ‘그 사무’의 범위를 제한함으로써 가별성의 제한을 시도하는 경향이 나타나며, 그것은 원칙적으로 ‘자기의 사무’는 배임죄의 사무가 될 수 없다거나, 사무를 재산상 사무에 한정하거나, 사무의 독립성을 강조하는 등의 해석으로 구체화되어 있다.³²⁹⁾ 이처럼 일본에서도 종래에는 배임죄의 해석에서 주체요건에 관심이 집중되었다.³³⁰⁾ 다만 이사의 배임행위 사례에서는 주체요건에 별 의문이 없기 때문에, 임무위배행위 및 목적 요건의 해석이 중요한 의미를 갖는다고 할 수 있다.

(3) 사리추구 및 가해목적 (도리가해목적)

형법 제247조는 주관적 요건으로 고의 외에 이익도모 또는 가해목적을 요구하고 일본에서는 이를 일반적으로 ‘도리가해목적’으로 지칭한다. 그런데 목적요건에 대한 판례와 통설인 ‘소극적 동기설’은 실질적으로 도리가해목적의 기능을 축소하는 해석론을 전개한다. 행위자가 본인의 이익을 적극적으로 피하지 않는 한 목적요건이 긍정된다는 것이다.³³¹⁾ 이에 의하면 오히려 실제로 빈번할 수 있는, 행위자에게 적극적 사리추구나 본인가해목적이 없지만 본인의 이익을 피하지도 않은 경우, 예컨대 별 생각 없이 전례에 따라 내규에 반해 행위한 것만으로 도리가해목적이 긍정될 수 있다. 이러한 해석의 원인으로 일본의 학설은 목적의 정도를

329) 예컨대 민사상 단순한 채무이행은 자기의 사무이므로 타인의 사무처리시 문제되는 배임죄가 성립할 수 없다는 설명, 또는 부동산 이중매매 같은 개별사례에서 배임죄 성부 논의가 주체성 인정여부를 통하여 형성된 것 등이다. 이 논의는 우리나라에서도 활발한바, 우리와 일본에서 다른 점은 일본의 경우 “타인을 위하여 그 사무를 처리하는 자”로 규정되어 있어 “그 사무”의 의미에 “타인을 위한 사무”가 포함된다고 볼 여지가 있는 반면에 우리의 경우에는 그렇지 않다는 점이다.

330) 品田智史, 앞의 글(주 328), 102면.

331) 山口厚, 앞의 책, 327-328면(“도리가해목적...(중략)...이것은 본인의 이익을 도모할 목적(본인도리목적)이 존재하지 않는 것을 이면으로부터 규정한 것으로 해석된다”). 일본의 소극적 동기설을 소개하는 최근의 국내 문헌으로 신승기·김범준, “재산상 이득죄로서 배임죄”, 고려법학 제95호, 2019. 12., 77면.

완화하는 판례의 태도 및 객관적 요건의 실질화를 지목한다.

우선 목적의 정도에 관하여 최고재판소는 이익도모나 가해에 대한 적극 인용이 필요 없다는 전제에서, 이익의 인식만으로 곧바로 도리목적 을 긍정하고³³²⁾ 본인에 손해를 가하는 것의 인식 및 인용으로 가해목적 을 인정한다.³³³⁾ 따라서 실질적으로 고의가 인정되면 목적의 충족도 인정되고, 도리가해목적 요건은 이미 유명무실화되어 있다.³³⁴⁾

다음으로 객관적 요건의 실질화도 원인으로 지목된다. 배임죄의 손해는 장기적 총합적 관점에서 판단되고, 임무위배행위 역시 단순히 일체의 규범위반이 아닌 본인에게 손해를 야기할 허용되지 않는 위험을 창출하는 행위로 해석됨에 따라, 임무위배행위와 손해의 고의에 이미 이익도모나 가해목적이 포함되어 목적요건의 실익이 반감되었다는 것이다.³³⁵⁾ 그 결과 행위자가 적극적으로 사익추구나 본인가해를 꾀했는가를 검토하는 목적요건은 원래의 의미를 잃었고, (재산귀속주체인) 본인의 이익을 도모하지 않았는가가 관건인 형태로 변질되어 있다. 이것은 도리목적에서 이익의 의미에 비재산적 이익도 포함하는 판례³³⁶⁾ 및 통설³³⁷⁾과 결합하여 자기보신목적에 대해서도 도리목적 을 긍정하는 결과, 목적요건을 크게 희석시키고 있다.

332) 最決昭和 63. 11. 21 刑集42卷9号 1251; 最決平成 10. 11. 25 刑集52卷8号 570.

333) 最決平成 17. 10. 7 刑集59卷8号779(은행의 이사가 부동산업자에게 대출한 사안에서 은행에 대한 가해목적은 재산상 손해발생의 인식, 인용으로 충분하다고 판시).

334) 松宮孝明, 앞의 글(주 284), 445(2189)면.

335) 위의 글, 433(2177)면.

336) 大判大正 3. 10. 16 刑録20輯 1867(이사가 배당가능이익 없이 배당한 것이 회사의 지불능력에 대한 신용 및 평판의 저해를 방지할 목적임이 인정된 사안).

337) 대표적으로 山口厚, 앞의 책, 329면. 논거로는 신분상의 이익도 재산적 가치와 무관하지 않다는 점, 배임죄의 재산범적 성격은 재산상의 손해 요건으로 이미 확보되었다는 점, 그리고 본인의 이익을 위한다는 의미를 넓게 해석할수록 행위자에게 유리하게 작용하므로, 이익의 의미에 널리 신분 등 비재산적 이익을 포함시켜 본인의 신분상 이익 등을 위해 행동한 경우에도 도리가해목적이 부정될 수 있게 하자는 점이 제시된다. 橋爪隆, “背任罪の成立要件について(2)”, 法学教室 442号, 2017. 88면 주 7. 그러나 이것은 이미 소극적 요건론을 전제하고 있는 점에서 출발점부터 형법의 해석론으로서 높은 설득력을 갖기 어렵다. 오히려 행위자가 자기보신 등 비재산적 이익을 추구한 경우에도 도리가해목적 을 긍정(最決平成 20. 5. 19 刑集62卷6号 1623 등)함으로써 처벌범위를 확장하고 있다. 본인의 이익에 신분 등 비재산적 이익을 포함하는 것이 유리하다는 견해 중에서 역으로 행위자의 사적 이익에서 비재산적 이익을 제외하는 것이 유리함을 설명하는 견해는 보이지 않는다.

도리가해목적 판단에서 행위자가 본인의 이익을 적극적으로 도모했는가의 규명에 집중하는 판례의 태도에는 최근 비판이 제기된다. 즉 판례는 본인의 이익도모를 뒷받침할 객관적 사정의 검토에 치중하고 그것이 충분하지 않으면 도리목적의 긍정하는 경향³³⁸⁾³³⁹⁾³⁴⁰⁾이 있는데,³⁴¹⁾ 본인의 이익도모를 뒷받침할 객관적 사정이 있다면 처음부터 임무위배행위로 보지 않을 수 있다는 비판이 그것이다.³⁴²⁾ 동일한 객관적 사정을 대상으로 하는 판단이라면, 임무위배행위 단계에서의 판단이 목적 단계에서의 판단보다 범죄체계나 형법의 기능에 합치할 수 있다는 점에서 타당한 비판으로 보인다.

(4) 손해

경제적 재산설 및 장기적 관점에서 전체재산의 증감 여부에 따라 판단된다는 것이 통설과 판례이다. 독일과 달리 미수가 처벌되나 주로 불량대출 판례를 중심으로³⁴³⁾ 담보나 변제자력, 능력 등 결여로 채권회수가 불능 또는 곤란하다고 평가되는 경우에는 경제적 견지에서 대출 즉시 불이익이 발생했다고 볼 수 있어 손해발생이 긍정된다는 해석이 전개된다. 이것은 배임죄의 위험법적인 해석으로도 평가된다. 경제적 재산개념 및 손해의 총합판단을 근거로 찬성하는 견해가 다수이나, 실효발생의 위험을 손해로 보는 것은 법문상 의문이 있을 수 있다는 지적³⁴⁴⁾이 보인다.

II. 임무위배행위

338) 最決平成 10. 11. 25.(대출이 은행에 끼치는 문제점이 크고 대출의 필요성 및 긴급성이 없어 은행의 이익도모를 주된 동기로 볼 수 없으므로 도리가해목적 이 긍정된다고 한 사안); 品田智史, 앞의 글(주 328), 108면에서 재인용.

339) 新潟地判昭和 59. 5. 17.(객관적으로 기존채권 및 대출금 회수를 기대할수 없는 상황이기 때문에 내심으로 채권회수를 도모했다라도 단순한 기대에 불과하여 도리가해목적 긍정); 위의 글, 107면에서 재인용.

340) 大阪地判平成 8. 3. 8.(대출상대방의 재개발계획 실현가능성이 극도로 결여된 경우 재개발이익에 따른 대출금회수는 단순한 기대에 불과하다고 보아 도리가해목적을 긍정); 위의 글, 107면에서 재인용.

341) 위의 글.

342) 위의 글, 108면; 上田哲, 最高裁判所判例解説, 法曹時報 59卷 6号, 2006, 2042면; 島田聡一郎, 앞의 글(주 317), 241면.

343) 最決昭和 58. 5. 24. 刑集37卷4号 437.

344) 山口厚, 앞의 책, 329면. 다만 판례의 결론에 반대하지는 않는다.

1. 학설의 논의

(1) 실질적 판단

종래 임무위배행위는 ‘해당사무의 성질·본지에 따라 적당하게 그것을 처리하여야 하는 의무’에 반하는 것³⁴⁵⁾, ‘신의성실의 관념에 반하는 사무처리’³⁴⁶⁾등과 같이 일반추상적으로 정의되어 왔다. 다만 그 판단을 형식적 기준 또는 실질적 기준에 의할 것인가, 실질적 기준에 의한다면 실질이 무엇인가에 대해서는 약간의 논의가 보인다. 일부 견해는 “법령, 예산, 통달, 정관, 내규, 계약 등에 반하는 행위라면 그것이 재산적 손해를 발생시키는 성질인 한 원칙적으로 임무위배가 되고, 그 후에는 재산적 가해의 인식 및 도리가해목적 유무를 검토하면 충분하다”고 주장한다.³⁴⁷⁾ 이 견해는 임무위배를 형식적 기준으로 판단한 것으로 평가된다.³⁴⁸⁾³⁴⁹⁾ 상법상 특별배임죄에서도 “해당행위가 법령, 정관, 내규 등에 위반한 때에는 즉시 임무위배가 있다고 보는 것에 어떤 불합리가 있다고 할 수 없”고, 실질적으로 회사의 불이익으로 되는가 여부는 도리가해목적 및 재산상 손해의 측면에서 평가되어야 한다³⁵⁰⁾는 견해가 있다.

그러나 다수견해는 임무위배 판단을 실질적 기준에 의한다.³⁵¹⁾ 이러한 경향은 독일의 영향에 따라 비교적 이른 시기부터 보인다. 예컨대 江家義男은 모험거래에 관한 독일문헌을 번역 소개하면서 통상의 업무집행을 모험거래의 배임죄성부 판단 기준으로 제시하였다.³⁵²⁾ 이것이 점차 임무

345) 泉二新熊, 刑法大要(増補三十版), 1934, 632면 및, 日本刑法論(下)(四十四版), 1939, 833면.

346) 江家義男, “背任罪の解釈的考察”, 江家義男教授刑事法論文集, 1959, 163면.

347) 西田典之(橋爪隆補訂), 刑法各論(第7版), 弘文堂, 2018, 277면.

348) 山口厚, 앞의 책, 326면 등.

349) 그러나 위 견해는 ‘재산적 손해를 발생시키는 성질’ 일 것을 요하고 예외의 판단도 유보하고 있으므로, 실제로 임무위배를 형식적으로 판단하는 견해로 볼 수 있는가의 의문이다. 같은 취지로 品田智史, 앞의 글(주 328), 114면은, 논거로 ‘법령’에는 선관주의의무 같은 일반조항도 포함될 수 있다는 점을 들고 있다.

350) 伊藤榮樹 외 編, 注釈特別刑法 第五卷, 經濟法編 I, 1986, 133면(伊藤榮樹 집필부분).

351) 예컨대 山口厚, 앞의 책, 326면 등.

352) 木村龜二, “背任罪の基本問題”, 志林37卷8号, 1935, 12면; 品田智史, 앞의 글, 115면에서 재인용.

위배행위 일반 차원으로 확장하여 임무위배 유무를 형식기준 위반여부와 분리해서 실질적으로 고찰하는 견해로 주장되었을 가능성이 있다. 江家義男은 “배임행위의 본질은 신의성실의 관념에 반하는 점에 있는 것이기 때문에, 법령의 명문 혹은 법률행위의 문언에 위반하는 것이 아니라고 하여도 신의성실의 관념에 반하는 때에는 배임으로 인정되어야 한다...또는 위와 반대로 법령의 명문 혹은 법률행위의 문언에 위반한 행위여도, 단지 그것만으로써 배임으로 단정하는 것은 성급하다. 추가로 그 행위가 신의성실에 반하는가를 검토하지 않으면 안된다” 고 하여³⁵³⁾, 임무위배 여부를 실질적으로 판단하였고, 이후 지지를 넓힌 것으로 보인다.³⁵⁴⁾

(2) 실질의 의미

① 불이익 기준

위 논의의 다음 단계로서 실질의 의미의 구체화가 시도되었다. 우선 행위자의 행위가 본인에게 불이익한가 여부를 기준으로 하는 ‘불이익’ 기준설이 주장되었다. 예컨대 藤木英雄은 특별배임죄에 관하여 아래와 같이 설명한다.

“형식적으로 법령이나 직무집행을 위해서 정한 준칙에 위반하였는가 여부만에 의해서가 아니라 그것이 실질적으로 보아 회사의 불이익으로 되는가 여부에 따라서 정하지 않으면 안된다....(중략)... 형식적 절차위배는, 실질적으로 그 임무위배행위성의 하나의 징표이다...형식적 절차에 위배한 거래라도 실질상 특별히 회사의 불이익을 초래하지 않는 것에 대해서 일일이 형사문제로 할 것까지는 필요하지 않다” ³⁵⁵⁾

이 견해는 실행행위개념을 구성요건적 결과발생의 실질적 위험에 연계해서 설명하는 총칙이론에 합치하기 때문에 지지를 얻었다고 한다.³⁵⁶⁾ 훗날 “본인에게 실질적으로 불이익한 행위” ³⁵⁷⁾를 임무위배행위라고 한 上嵐一高의 주장 역시 이 견해와 같아 보인다.

353) 江家義男, 앞의 글, 163면 이하; 島田聡一郎, 앞의 글(주 317), 251면도 이를 소개하고 있다.

354) 예컨대 藤木英雄, “임무위배의 유무는, 실질적으로 제반사정을 고려하여 판단하여야 하는 것이다” 經濟取引と犯罪—詐欺, 横領, 背任を中心として, 有斐閣双書, 1965, 64면.

355) 大森忠夫 외 編, 註釋會社法(八のII), 1969, 391면 (藤木英雄 집필).

356) 島田聡一郎, 앞의 글, 254면.

357) 上嵐一高, 앞의 글, 269면.

② 본인의 의사 또는 지지가능성

한편 이러한 관점에 추가하여 ‘본인의 의사’를 임무위배행위 판단에 고려하는 견해가 제시된다. 우선 団藤重光은 다음과 같이 언급한다.

“재산에 관한 사무는 종종 투기성을 갖고, 따라서 위험성이 있을 수 있는 것이 많다. 거래상 허용되는 한도에서 위험을 발생하여 -경우에 따라서는 손해발생의 인용이 있는 것도 있을 것이다- 그 때문에 본인에게 재산상의 손해를 가하게 되더라도, 그것은 임무에 위배했다고 할 수 없다”³⁵⁸⁾

이 견해는 객관적으로 허용되는 위험과 (임무의 상대방인 본인에 의해서) 주관적으로 허용되는 위험을 구별하면서, 본인의 인용이 있는 경우 허용된 위험으로 보아 임무위배를 부정한다. 손해발생에 대한 주관적 인용이 명시적인 경우와 객관적으로 추정되는 경우를 명확하게 구별하고 있지는 않으나, 위험의 인용의사에 대한 고려를 분명히 하고 있다. 한편 허용된 위험개념의 사용과 관련하여, 일본에서는 임무위배행위에 관한 설명에서 허용된 위험의 개념을 언급하는 견해가 적지 않다.³⁵⁹⁾ 이러한 견해들 역시 객관적으로 허용된 위험과 본인에 의하여 허용된 위험, 즉 본인의 의사를 모두 고려하는 취지에서 주장되고 있다.

최근에는 “(본인의 허락의사에 대한 고려 하에) 본인에게 있어서 실질적으로 불이익한 행위”³⁶⁰⁾라거나 “피해자로부터의 위탁취지에 반하는 행위 또는 실질적으로 보아 피해자에게 재산상 불이익을 발생시키는 행위”³⁶¹⁾, 더 나아가 본인에 의한 지지가능성이 인정될 수 없는 행위³⁶²⁾

358) 団藤重光, 刑法綱要各論(第三版), 創文社, 1985, 657면.

359) 본문의 団藤重光 외에, 松宮孝明, 앞의 글(주 284), 430(2174)면 이하; 品田智史, 背任罪における任務違背(背任行為)に関する一考察(二), 阪大法学 59卷 2号(通卷101号), 284면.

360) 山口厚, 刑法各論(第二版), 有斐閣, 2010, 327면 등.

361) 今井猛嘉 외, 刑法各論, 有斐閣, 2007, 213면(島田聡一郎 집필부분).

362) 品田智史, 앞의 글(주 359), 311-312면. 본인에 의한 지지가능성 기준은 독일에서 논의된 용인가능성 기준을 수용한 것으로, 그는 본인의 허락의사에 대한 고려를 구체화하고 있다. 品田智史의 견해를 島田聡一郎이 요약한 내용을 이하에 소개한다.
“① 본인의 명확한 의사가 있는 경우 그에 따르면 그것이 위법행위이더라도 임무위배로 되지 않고, ② 그에 따르지 않는 경우 원칙적으로 임무위배로 되나, 본인의 지시가(예를 들면 증뢰지시) 위법한 경우 그에 따르지 않았더라도 임무위배로 되지 않는다. ③ 명확한 의사가 없으나 본인의 재산보호를 위한 구체적 법규가 있으면 그에 따라야 하며 그 위반 시 임무위배로 인정될 수 있고 ④ 명확한 의사가 없고

363)등으로 임무위배행위를 정의하는 견해가 주장된다. 이것은 본인의 의사를 보다 더 부각하는 방향으로 나아가고 있다. 요컨대 ‘본인의 의사를 고려한 실질적 불이익’을 기준으로 하는 것이 최근의 경향으로 보인다.

③ 정보수집, 분석, 평가 등 과정의 이행

한편 본인의 의사 외에, 결정에 이르는 과정으로서 정보수집 또는 조사분석의 유무나 합리성을 고려하여야 한다는 견해도 주장된다. 일부 견해는 독일에서 모험거래와 관련하여 손익예측을 위한 정보수집 및 조사분석의 합리성에 주목하는 견해를 지지하면서, 특히 특히 행위자에게 넓은 재량이 인정될 수 있는 이사의 배임행위와 같은 사안에서는 이러한 과정에 대한 고려가 수행되어야 한다고 주장한다.³⁶⁴⁾ 다른 견해는 본인에게 손해를 가할 가능성이 있는 것을 인식하면서 충분한 조사 검토 없이 거래한 경우에는 그 자체가 임무위배로 된다고 하면서, 그 경우 손해가 발생하지 않거나 인과관계 증명이 없는 경우 배임죄의 미수가 성립한다고 한다. 다만 이에 대해서는 과거 판례가 법익침해의 위험성이 있는 행위는 형식적으로 절차를 준수하였더라도 임무위배행위를 인정하였다고 평가하면서, 임무위배를 기초짓는 것은 절차보다 내용이며, 절차를 중시하는 사고는 경영판단에서 정보수집 및 조사분석을 중시하는 민사이론의 영향을 과도하게 받은 것이라는 비판도 제기된다.³⁶⁵⁾

(3) 배임죄 임무와 타법상 임무의 관계 및 임무위배의 정도

배임죄에서 임무의 내용이 다른 법에 의하여 결정되는가, 즉 배임죄

구체적 법규도 없이 선관주의의무 등 일반조항만이 문제되는 경우에는 행위자에게 재량이 인정되고, 본인이 해당재산 처분을 지지하지 않았을 것이 명확한 경우에 한하여 임무위배가 인정된다. ⑤ 그러한 재량이 인정되는 경우 행위자는 결정을 행할 전제로서 결정기반을 가능한한 견고히 구축해야 하고, 결정을 위해 합리적으로 고려되는 조사를 행하지 않으면 안되고, 그러한 조사가 실행되지 않는 한 임무위배가 인정되나, 어디까지 조사를 행해야 하는가는 상황에 따라 재량 하에서 판단된다.” (島田聡一郎, 앞의 글(주 317), 255-256면).

363) 이에 반대하는 견해로 전문가 관점에서의 지지가능성으로 판단되어야 한다는 견해도 주장된다. 林幹人, “背任罪における任務違背行為”, 判例時報 2098号, 2011. 2, 12면 및 13면 주 41.

364) 松宮孝明, 앞의 글(주 284), 430(2174)면 이하; 品田智史, 앞의 글(주 359), 313면.

365) 林幹人, 앞의 글, 11면. 다만 판례가 절차를 중시하지 않아왔다는 평가에 대해서는, 적어도 최고재판소의 최근 판례들에 의해서 반론이 가능해 보인다. 이하 2.항 참조.

임무 내용의 사(타)법종속 문제나 임무위배의 정도에 관한 문제는 독일에 비교할 때 활발하게 논의되고 있지는 않다. 다만 최근 학설 중 일부에서는 사법상 의무위반은 배임죄 임무위반의 필요조건이라고 하면서, 배임죄의 임무위배는 일단계의 사법상 의무위반을 전제로 이단계의 형법적 관점의 필터링을 통해 결정된다고 주장한다.³⁶⁶⁾ 이것은 일단계 판단에서 부분적인 사법종속성을 인정하는 입장으로 보인다. 그러나 임무위배의 중대성에 대한 논의는 활발하지 않고 판례도 그러한 입장을 채택하지 않은 점에서 독일과는 다른 양상을 보인다.

2. 판례의 태도

(1) 임무위배행위의 인정영역

판례는 배임행위의 개념에 대하여 일반적인 정의를 하기보다는, 개별 사례의 사실관계 하에서 구체적인 배임행위여부의 판단에 중점을 두고 있다. 일본에서도 사건의 수가 적은 것에 비할 때 배임죄 또는 특별배임죄의 임무위배행위로 인정된 행위유형은 극히 다양³⁶⁷⁾하다. 판례에서 가장 빈번하게 문제되는 영역은 은행의 불량대출인바, 급속한 경제성장에 이은 버블경제 붕괴에 따른 은행 등 금융기관 도산사태라는 사회경제적 배경에서 기인한 현상으로 설명된다.³⁶⁸⁾

(2) 판단기준

366) 品田智史, 앞의 글(주 359), 305면.

367) 藤木英雄은 배임죄의 사례유형을 ‘관리재산의 부당환가처분, 보관금전의 융통, 불량대출, 담보권 횡탈, 채무부담, 이사와 회사간 자기거래, 위법배당, 증권과 상환 없는 화물인도, 이중저당, 기망적수단에 의한 배임’ 등으로 구분하고 있다. 藤木英雄, 앞의 책, 55면 이하 참조. 최근 문헌은 판례를 유형화하여 금전관리자의 목적외 지출·유용, 불량대출, 채무부담·보증·담보설정행위, 대위변제, 이사의 분식결산, 위법배당, 자기거래, 경업위반 등 이사의 행위, 각종 계약관련 행위로서 매각·구입(불요물품 또는 부당고가구입등)·입찰담합·보험계약체결·가공거래·기탁물매각·주문 불수주 등 행위, 업무상 비밀·정보의 부정이용, 회사의 목적범위를 넘는 정치헌금·선거자금지출·증뢰행위, 양도담보·매도담보, 이중양도·이중저당, 장부등에의 허위기재·입력, 투자·재산공여, 그 외 다양한 유형이 기술되고 있다. 大コメントル刑法(第3版) 第13卷, 青林書院, 2018, 261-321면 참조.

368) 佐久間修, “刑法からみた企業法務:会社法上の犯罪(2) - 特別背任罪”, ビジネス法務 2011. 3, 103면.

① 실질적 판단

판례는 종래부터 정관이나 내규 등 형식적 위반만으로 곧 임무위배로 되지 않는다고 판시하는 등 기본적으로 형식적 판단에 의하지 않는다. 예컨대 大阪高判昭和 45년 6월 12일 판결³⁶⁹⁾과 東京高判昭和 53년 3월 29일 판결³⁷⁰⁾은, 실질적 판단에 입각하여 법령 또는 내규에 위반한 행위의 임무위배성을 부정하고 있다.

② 실질: ‘불이익’ 기준

그렇다면 판례가 고려하는 ‘실질’이 무엇인가가 문제된다. 앞선 구 상법상 이익상반행위에 관한 판결은 상법위반행위라도 실질적으로 회사에 ‘불이익’을 끼치지 않으면 임무위배행위가 부정될 수 있음을 설시하는바, 이것은 ‘불이익’ 기준에 의한 것으로 평가할 수 있다.

最決平成 16년 9월 10일 판결 역시 불이익기준을 채택한 판례로서, 학설에서 가장 빈번하게 원용되는 판례이기도 하다. 사안에서 신용보증협회(이하 ‘협회’)의 이사 A는 협회가 보증한 D사의 甲은행에 대한 8000만엔의 채무에 대해서, 협회가 甲은행에게 보증조건위반을 이유로 면책을 통지해서 보증채무가 소멸했음에도 불구하고, 甲은행 대표이사 X의 강력한 요구에 응하여 면책통지를 철회하고 협회로 하여금 甲은행에게 8000만엔을 대위변제하게 하였다. A는 면책통지 철회를 결정하면서, 면책을 관철하면 향후 甲은행으로부터 협회부담금을 받지 못할 가능성이 높아 협회의 기본재산증강계획에 차질을 빚을 수 있는 점을 중요하게 고려하였다. 이에 A에 대한 특별배임죄 성부가 문제되었다.

원심은 A의 면책통지 철회 및 대위변제 이행은 협회에 대한 임무위배행위라고 판시하였다. 그러나 최고재판소는 A의 임무위배행위가 인정되

369) 일본 구 상법상 자기거래승인에 위반한 이익상반행위가 문제된 사안에서, 이익상반행위 해당여부는 오직 그 행위의 외형에 따라서만 결정되는 것이기 때문에, 이익상반행위이더라도 실질적으로 회사에 불이익이 없어 회사에 대한 성실의무에 반하지 않는다면 임무위배로 볼 수 없다는 취지로 판시한다.

370) 신용조합의 본점장이 내규상 절차를 거치지 않고 담보 일부를 해제한 사안에서, ‘일반적으로 어떤 행위가 배임죄의 구성요건인 임무위배행위에 해당하는가 여부는 단지 행위의 외형만에 따라 형식적으로 결정되는 것이 아니라, 해당 행위를 할 당시의 구체적 상황, 행위의 내용, 동기, 의의 등 제반사정을 총합하여 그 행위가 위임의 취지에 위반한 것인가 여부를 신의칙에 비추어 실질적으로 판단하지 않으면 안된다’고 판시하여, 내규위반행위에 대한 임무위배성을 부정한다.

지 않는다고 판시³⁷¹⁾하여 원심판결을 파기환송하였다.

이 판결은 보증조건 위반에 따라 법적으로는 대위변제를 하지 않을 것이 기대되는 상황이었음에도 대위변제를 실행한 것에 대해서, 대위변제를 부담금 납부와 분리하여 따로 평가하지 않고 그 후의 부담금납부까지 고려하여 임무위배를 부정하고 있다. 따라서 이익, 불이익을 총합적으로 고려한 실질적 판단에 따라 임무위배 여부를 결정하였다고 평가된다.³⁷²⁾ 이것은 장기적 관점에서 발생될 수 있는 이익을 분리하지 않고 고려한 점에서 손해판단의 경제적, 장기적 관점과도 연결된다. 나아가 보증조건 위반에 따라 대위변제 면책이 가능하더라도 이사에게 면책주장 여부에 대한 일정한 재량을 전제하고 있어, 임무위배행위 판단에 경영판단원칙을 실질적으로 고려한 판시로 평가되기도 한다.³⁷³⁾

③ 정보수집 및 평가, 분석 등 과정

종래 정보수집 및 그 평가, 분석의 과정에 주목하는 판례는 주로 하급심, 특히 민사사건에서 경영판단원칙과 관련하여 널리 판시되어 왔다.³⁷⁴⁾ 이것은 아직 배임죄 의무위반 판단에는 큰 영향이 없었다. 다만 일반적 기준으로 원용되었다고 보기 어렵더라도 구체적 사안에서 절차의 준수가 고려된 판례가 나타나고 있다.³⁷⁵⁾ 무엇보다도 最決平成 21년 11월 9일 판결은 ‘절차적으로 은행내부에서의 명확한 계획의 책정으로 그 정식적인

371) “甲은행이 협회에 대하여 평성 8년도 부담금의 납부를 거절하는 것이 실제상으로도 가능하고, 또한 A등이 X로부터 부담금의 납부에 응하지 않을 뜻을 고지받았다고 하더라도, 협회로서는 1) 본 건 대위변제에 응하고 甲은행의 부담금을 납부 받아 이후 기본재산 증강계획을 원활히 진행하게 하여야 하는가, 아니면 2) 甲은행으로부터의 부담금을 단념하더라도 본 건 대위변제를 거부하여야 하는가, 양자간의 이해득실을 신중하게 총합검토해서 태도를 결정하여야 하는 입장에 있다. 위 1)의 입장을 선택했다고 하더라도, 부담금의 납부를 받는 것과 분리하여 본건 대위변제를 한 것만을 곧바로 A등의 임무위배행위라고는 속단할 수 없다.”

372) 上寫一高, “判例批評”, JURIST 336号, 2007, 135면; 松宮孝明, “經常判斷と背任罪”, 立命館法學 2006年 3号(307号), 2006, 101(671)면.

373) 松宮孝明, “背任罪における「財産上の損害」, 「任務違背」, 「図利加害目的」の關係”(주 284), 436(2180)면.

374) 大杉謙一, “役員の責任: 經營判斷原則の意義とその射程”, 江頭憲治郎編, 株式会社法大系, 2013, 307면 이하 참조.

375) 松宮孝明, “經常判斷と背任罪”(주 372), 102(672)면 이하; 판례는 주 899 및 본문 참조(대출하지 않는 경우의 득실검토 또는 대안에 대한 필요충분한 조사, 검토 없이 계열회사라는 이유만으로 만연히 대출한 행위에 대해서 임무위배행위 긍정).

승인을 흠결하여서는 안된다.’ 라고 명확히 판시하였기 때문에, 종래 판례가 절차적 요소를 중시하지 않는 입장이라는 일부 견해의 비판은 설득력이 반감되었다고 할 수 있다.

(3) 배임죄의 임무와 타법상 의무의 관계 및 임무위배의 중대성

임무위배행위에 관한 또 하나의 대표적 판결로서 最決平成 21년 11월 9일 판결을 들 수 있다.³⁷⁶⁾ 동 판결은 北海島拓殖은행의 대표이사가 기업집단을 상대로 장기 거액의 불량대출을 결정 및 실행한 사안에서 다음과 같이 판시하였다.

“은행의 대표이사가 부담하여야 하는 주의의무에 대해서는, 일반 주식회사 이사와 마찬가지로 수임자의 선관주의의무 및 충실의무를 기본으로 하면서도, 이른바 경영판단의 원칙이 적용될 여지가 있다. 그러나 은행업이 널리 예금자로부터 예금을 모아서 그것을 원자(原資)로서 기업 등에 대출하는 것을 본질로 하는 면허사업인 점, 은행의 이사가 금융거래의 전문가이고 그 지식경험을 활용해서 대출업무를 행할 것이 기대되고 있는 점, 만약 은행경영이 파산경지에 이르거나 혹은 위기에 직면한 경우에는 예금자 및 대출처를 비롯하여 사회일반에 광범하고 심각한 혼란을 발생시킬 것 등을 고려하면, 대출업무에 있어서 요구되는 은행의 이사의 주의의무의 정도는 일반 주식회사이사의 경우에 비해 높은 수준이라고 해석되고, 소론이 말하는 경영판단의 원칙이 적용될 여지는 그것만큼으로 한정적인 것에 그친다고 할 수 밖에 없다. 따라서 은행의 이사는 대출업무의 실시에 있어서는 원리금의 회수불능이라는 사태가 발생하지 않도록 채권보전을 위해서 대출처의 경영상황, 자산상태 등을 조사하고 그 안정성을 확인하여서 대부를 결정하고 원칙으로서 확실한 담보를 징구하는 등 상당한 주의를 취하여야 할 의무를 갖는다. 예외적으로 실질도산상황에 있는 기업에 대한 지원책으로서 무담보나 불충분한 담보만으로 추가대출을 하여서 재건이나 정리를 목표하

376) 앞서 언급한 最決平成 16. 9. 10일 판결과 함께 임무위배행위에 관한 가장 대표적인 두 판결로 거론된다. 山口厚/佐伯仁志/橋爪隆/島田聡一郎/渡辺咲子/井田良/今井猛嘉, “背任罪”, 現代刑事法研究會 第6回 座談會(2010. 7. 19. 개최)(이하 “山口厚 외, 좌담회”로 약칭), *ジュリスト*1408号, 2010.1, 137-141면.

는 것 등을 할 수 있다고 하더라도, 그것이 적법하다하기 위해서는 객관성을 갖는 재건정리계획과 이것을 확실하게 실행할 은행 본체의 강한 경영체질을 필요로 하는 등 그 대출판단이 합리성이 없으면 안 되고, 절차적으로는 은행내부에서의 명확한 계획의 책정으로 그 정식적인 승인을 흠결하여서는 안 된다.”

이와 같은 일반법리 하에, 구체적으로 차용기업이 본 건 대출 이전에 이미 실질적인 도산상태에 있고, 그룹 내 각 회사의 경영상황이 개선할 기미도 없고, 기존 대출금 회수의 유일한 방안으로 기대된 지역개발사업도 실현가능성이 낮고 설령 실현되더라도 수익성에 의문이 있고, 기존 대출금 변제도 기대할 수 없어 추가대출이 새로운 손해를 발생할 가능성이 있었는바, 피고인들은 이를 인식하면서 근본적 해결책의 강구 없이 실질무담보로 추가대출을 결정, 실행하였고, 재건정리계획도 객관성이 없고 손실극소화목적이 명확하였다고 할 수 없어, 이를 총합할 때 대출은 현저히 합리성을 결여했고 은행 이사로서 대출결정시 요구되는 채권보전에 관한 의무위반이 명확하다고 하여 임무위배를 인정하고 있다.

이 판결은 배임죄의 임무위배의 의미와 관련하여 이사의 선관의무 및 충실의무, 그리고 그 준수여부 판단에서 고려되는 경영판단을 언급하고 있다. 이것은 사법상 이사의 회사에 대한 책임 판단에서 전개되는 선관의무, 충실의무 및 경영판단 등의 법리를 배임죄의 임무위배행위 판단에 그대로 사용함으로서, 학설에서도 이 판결에 대해서 민사판결이 아닌가 할 정도로 민사법적 판단에 의하였다는 평가가 보인다.³⁷⁷⁾ 그러나 이 판결은 사법상 이사의 의무, 경영판단원칙과 형법의 배임죄의 의무의 관계에 대해서 명시적으로 언급하지는 않고 있고, 같은 논의는 그 무렵까지의 학설에서도 특별히 보이지 않았다고 한다.³⁷⁸⁾ 그러나 사실상 사법의 의무판단을 배임죄의 임무에 거의 그대로 수용하고 있고, 이에 대해서는 사법의 논의가 형법의 이론에 그대로 수용될 수 있는가에 대한 검토가

377) 山口厚 외, 좌담회(주 376), 138면 중 島田聡一郎 발언 부분. 은행의 경우 이사의 재량이 축소된다는 판시 역시 상법상의 논의와 다르지 않다고 한다. 다만 이 판결은 최고재판소 차원에서 민사 및 형사판결을 총합하여 이사의 경영판단을 최초로 명시적으로 언급한 점에서 큰 의미가 있다. 그리고 이사의 경영판단을 임무위배 판단에 위치짓는 점도 주목된다. 후술 제4장 제3절 제3항 II. 참조.

378) 위의 글(좌담회), 138면.

필요하다는 점이 지적된다.³⁷⁹⁾ 다만 위 판결 및 그에 관한 논의 이후에도 아직 논의상황에 큰 변화는 보이지 않는다.

이 판결은 이사의 의무 및 경영상 결정에서 갖는 사법상 재량에 관한 판단을 배임죄 임무위배여부 판단과 동일시한 점에서, 독일에서 이사의 주식법상 의무(예컨대 제93조 제1항 제1문)의 위반을 배임죄에서 중대한 의무위반으로 판단하는 일련의 연방대법원 판례에 비교할 때, 배임죄에서 의무위반의 중대성이 요구되는가를 제외한다면 기본적으로 유사한 입장에 있다고 본다.

제4항 검토

지금까지 일본의 배임죄와 특별배임죄 및 임무위배행위에 관한 학설과 판례의 논의를 개관하였는바, 그 주요한 내용을 정리하면 아래와 같다. 첫째, 일본에서 임무위배행위는 주로 은행 이사가 승인한 불량대출의 특별배임죄 성부를 중심으로 문제되어 왔다고 할 수 있다. 임무위배행위의 판단기준에 대해서는 주로 실질설의 입장에서, 본인에게 실질적으로 불이익한 행위인가 여부를 기준으로 하되 형식적 기준의 위반여부가 단서로 고려된다고 설명된다. 최고재판소 역시 이사의 불량대출 승인행위에 관한 특별배임죄의 임무위배성에 관하여 은행에 발생하는 실질적 불이익을 기준으로 임무위배행위 여부를 판단하였다고 평가된다. 나아가 최근에는 정보수집 및 의사결정의 합리적 절차를 중시하는 경향도 보인다.

둘째, 이사의 특별배임죄 성부와 관련하여, 종래 단순한 무능 또는 실패한 경영행위를 가별적 행위에서 제외하는 필터기능은 배임죄의 여러 요건 중 주로 도리가해목적 요건에 기대되어 왔다. 그러나 최고재판소가 목적의 정도를 완화하고 임무위배행위 개념을 실질화하면서 고의가 인정되는 경우에는 목적까지도 긍정되는 결과가 되었고, 따라서 목적요건의 필터기능은 사실상 유명무실화되었다고 평가된다. 또한 이하에 보듯 목적요건의 판단자료인 객관적 사실이 임무위배행위 판단자료와 중복됨을 지적하면서 임무위배행위에서 이를 판단하여야 한다는 주장도 보이는데,

379) 위의 글(좌담회), 139면.

임무위배행위 요건의 실질적인 기능을 강화하는 방향으로 향하고 있다. 이에 종래 목적요건에서 수행이 기대된 필터기능이 임무위배행위로 이전되고 있다고 평가된다. 이것은 임무위배행위의 관례축적을 촉진하여 행위정형을 구체화하는데 기여하는 점에서 우리에게 주는 시사점이 크다.

셋째, 최고재판소 및 통설에 의해서 목적요건 판단은 행위자가 본인의 이익을 적극적으로 도모하지 않은 경우 도리가해목적을 긍정하는 소극적 동기판단으로 변질되었다. 이에 따라 관례는 목적요건 판단에 있어서 본인의 이익을 적극적으로 도모했음을 추단하게 하는 객관적 사정의 검토에 치중하고, 그러한 객관적 사정이 인정될 때 도리가해목적을 부정하는 경향을 보여 왔다. 그러나 이에 대해서는 그러한 객관적 사정이 있다면 처음부터 임무위배행위를 부정하여야 한다는 비판이 제기된다. 최근의 관례에서 이사의 경영판단을 특별배임죄의 임무위배행위 문제로 다룬 것은 이와 관련하여 큰 의미가 있다고 본다.

넷째, 임무위배행위 판단기준의 실질성에 관한 논의와 달리, 배임죄의 임무와 다른 법령상 의무 간의 관계에 관한 논의나 임무위배의 중대성에 관한 논의는 활발하게 전개되고 있지 않다. 다만 최근 최고재판소 판례³⁸⁰⁾는 특별배임죄에서 이사의 임무위배여부 판단을 사법상 이사의 의무위반에 대한 판단과 동일시한 것으로 볼 수 있는 판결을 내어놓은바 있고 이에 대해서 형법독자적 검토가능성이라는 문제가 제기되고 있는 정도이다. 아직까지 일본에서는 이 문제를 경영판단의 원칙에 따른 이사의 재량문제와 동일 평면에서 다루고 민사법리와 내용상 구별이 시도되고 있지는 않지만, 향후 본격적인 논의가 전개될 여지는 충분해 보인다.

제4절 영국의 지위남용에 의한 사기죄

영국법에서는 과거 배임적 행위만을 처벌하는 별도의 조항 없이 배임적 행위 중 일부를 larceny, theft 또는 fraud등으로 의율하여 왔는데, 이사의 배임적 행위 역시 larceny, theft 또는 커먼로의 사기음모죄(the

380) 最決平成 16. 9. 10.

common law offence of conspiracy to defraud)에 의해서 의율되어 왔다. 그러나 2006년 11월 fraud의 처벌을 강화한 새로운 Fraud Act가 의회를 통과, 2007년 1월부터 시행되면서 배임적 행위의 처벌은 새로운 전기를 맞았다. 동 법 제4조가 fraud의 한 유형으로 이사 등 특정한 지위에 있는 행위주체의 배임적 행위에 적용될 수 있는 “지위남용에 의한 사기(fraud by abuse of position)”를 신설하였기 때문이다. 동 죄는 타인의 재산을 보호할 것으로 기대되는 지위에 있는 자가, 자기 또는 제3자의 이익획득이나 타인에게 손실 또는 그 위험을 야기시킬 의도하에 부정직하게 지위를 남용하는 행위를 처벌한다.

이하에서는 영국에서 배임적 행위 일반에 관한 규율에 더하여 이사의 배임적 행위의 의율에 대해서 전개되어 온 논의를 개관한다.

제1항 Fraud Act 2006 제정 이전의 전개

I. 서설

1. 규율체계의 혼란

영국에서는 프랑스의 신뢰침해죄나 독일의 배임죄와 같은, 위탁재산을 수탁자로부터 보호하기 위한 별도의 범죄유형은 발전되지 않았다. 이들 범죄유형이 적용되는 사례를 영국에서는 주로 대륙법계의 절도에 대응한 theft를 확대해석하거나 사기에 대응한 fraud의 관련범죄(특히 사기음모; conspiracy to defraud)로 포섭, 규율하여 왔다고 할 수 있다. 특히 1968년 제정된 Theft Act가 무체재산을 객체에 포함시켜³⁸¹⁾ theft의 확대적용에 근거를 제공하였다.³⁸²⁾

381) Theft Act 제4조 제1항; “‘Property’ includes any money and all other property, real or personal, including things in action and other intangible property.” 종래 커먼로 및 1916년의 Larceny Act에서는 부동산과 무체재산의 객체성이 부정되었다. AP Simester/ JR Spencer/ F Stark/ GR Sullivan/ GJ Virgo, Simester and Sullivan’s Criminal Law - Theory and Doctrine - (7ed), Hart Publishing, 2019, 495면.

382) 다만 이러한 확대 적용에 대해서는 논란이 있다. Alex Steel, *Problematic and Unnecessary? Issues with the Use of the Theft Offence to Protect Intangible Property*, 2008, 30 Sydney Law Review, Vol. 30, 2008, 575면 등 참조.

Fraud의 시각에서 보면, 2007년 Fraud Act의 시행 이전까지는 현행법의 Fraud에 포섭되는 사례가 (한정적이기는 하나) 대체로 Theft Act에 의한 theft로 규율되었고, 일부는 커먼로상 Fraud관련 범죄로 규율되어 왔다. 여기에는 우리나라를 포함한 대륙법계 국가에서 배임관련범죄로 규율되는 배임적 행위유형도 일부 포함되어 있었다.³⁸³⁾ 1968년 Theft Act는 theft에 이른바 ‘디셉션 범죄(offences of deception)’로 지칭된 8종의 사기유사범죄³⁸⁴⁾를 포함하였고, 1978년 Theft Act에 다시 3종의 Fraud범죄가 추가되었다. 그런데 1996년에 영국 상원 내 항소위원회(House of Lords)³⁸⁵⁾가 이른바 Preddy판결을 통해 기존 판례를 변경, Theft의 요건중 하나인 점유의 이전(transfer)을 극도로 엄격하게 해석³⁸⁶⁾한 이후부터 Theft Act로 의율이 곤란한 사례가 적지 않게 발생하였고, 그에 대응하기 위한 새로운 범죄의 입법관련 논의가 촉진되기 시작했다.

한편 배임적 행위사례의 일부는 커먼로의 사기음모죄(common law offence of conspiracy to defraud)로 의율되기도 하였으나 커먼로에 의한 음모죄 처벌 자체가 많은 비판을 받았다. 이를 수용하여 1977년 Criminal Law Act는 실정법에 음모(conspiracy) 처벌조항을 도입하기에 이르렀다. 1977년의 위 입법에 따라 커먼로상 음모죄의 다수가 폐지되었으나 사기 음모죄는 논란 속에서도 여러 이유를 들어 존치되어, 명문의 음모죄와

383) theft 등에 의한 배임적 행위유형의 규율에 대해서는 다음 항에서 검토한다.

384) 이 8종은 부정직을 수단으로 일정한 재산을 획득하는 범죄로서 각 다음과 같다: obtain property belonging to another, with the intention of permanently depriving the other of it (제15조); obtain a money transfer (제15A조); obtain services (제1조); secure the remission of an existing liability to make a payment (제2조(1)(a)); induce a creditor to wait for payment or to forgo payment with intent to permanently default on the debt (제2조(1)(b)); obtain an exemption from or abatement of liability to make a payment (제2조(1)(c)); obtain a pecuniary advantage (제16조); procure the execution of a valuable security (제20조(2).); 이에 관하여는 Law Commission, *Fraud: Report on a Reference under Section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Law Com No. 276, 2002, 7면 (http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/lc276_Fraud.pdf에서 확인 가능, 최종확인일 2019. 9. 29.) 및 Simester 외, 앞의 책, 604면 주 12-19 참조.

385) 영국에서는 2009년 10월 비로소 대법원이 정식으로 발족하였고, 그 전까지는 의회 상원 내 항소위원회(Appellate Committee of the House of Lords, House of Lords로 약칭)가 대법원 역할을 수행했다. 스코틀랜드를 제외한 영국 전역의 형사 상고사건을 최종심으로 재판하였다.

386) 전자송금방식인 chaps(어음교환소 자동지급제도; clearing house automated payment system)를 통한 금원이체는 이전으로 볼 수 없다고 하여 무죄로 판결한 사안이다.

커먼로상 사기음모죄에 의한 규율의 병존 상태가 형성되었다.³⁸⁷⁾

2. Fraud Act의 제정배경

그러나 이는 커먼로의 사기음모와 명문규정상 사기음모죄의 의율 등 법적용에 기술적 문제를 발생하게 하였고, 각 죄의 요건이 달라 복잡성이 야기되었다.³⁸⁸⁾ 또한 Preddy판결에 따른 처벌상 공백이나 커먼로의 사기음모죄에 대한 비판, deception범죄 요건 자체의 복잡성 해소를 위하여 내용과 체계를 수정하고 단순화할 필요가 있었다.³⁸⁹⁾ 결국 정부의 법률위원회(Law Commission)³⁹⁰⁾에서 이 문제가 논의되기에 이르렀다.

위원회는 명문의 음모죄 및 커먼로의 사기음모죄 양자 모두를 비판하였다. 커먼로의 사기음모는 처벌범위가 너무 넓은 점이, 반면에 명문의 음모는 너무 협소한 점이 지적됐고³⁹¹⁾ 전자에 대해서는 폐지가 권고되었다. 새로운 입법이 필요하다는 위원회의 의견에 따라서 의회는 Theft Act의 deception범죄를 폐지하고, 새롭게 3종의 하위유형을 포괄하는 일반사기죄(general offence of fraud)³⁹²⁾ 와 그 밖의 특별한 사기범죄 유형³⁹³⁾을

387) Simester 외, 앞의 책, 380면.

388) 체계의 복잡성은 물론 deception범죄 요건 자체가 기술적이어서 잘못된 의율로 부당한 무죄판결이나 불필요한 상소등 비용이 발생하고, 커먼로의 사기음모의 경우 특히 무고한 사람을 기소하는 경우가 많음이 지적되었다. Law Commission, *Fraud: Report on a Reference under Section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965*, Law Com No. 276, 2002, 3면 이하. 커먼로의 사기죄의 문제점은 같은 글, 13면 이하. deception범죄의 기술성 및 복잡성은 Law Commission, 같은 글, 15면 이하 및 Simester 외, 앞의 책, 684면.

389) “합리적이고 효율적인 fraud 처벌체계를 구축하기 원하는 사람이라면 누구도 현재의 체계에서 시작하는 것을 원치 않을 것이다” Law Commission, 위의 글, 15면; 일반범죄로서 fraud의 입법은 기소를 용이하게 하고, 복잡한 법률을 단순화하여 시민들에게 무엇이 금지되는 행위인가 알 수 있게 하며 피고인의 방어권행사를 용이하게 한다고 한다. 같은 글, 3면.

390) 1965년 법률위원회법으로 설치된 잉글랜드와 웨일즈의 법률을 검토하고 법개정을 권고하는 독립기구이다. 이를 언급한 국내문헌으로 김종구, “고의와 과실의 중간 개념에 관한 비교법적 고찰”, 형사법의 신동향 통권 제57호, 2017. 12, 204면 주 28.

391) 위의 글, 13면.

392) Fraud Act 2006 제1조 3항은 fraud의 형량을 경죄(약식재판)선고시 12개월 이하 자유형 또는 벌금, 중죄(정식기소)선고시 10년 이하 자유형 또는 벌금이나 양자를 병과할 수 있도록 규정한다. 원문은 다음과 같다.

“(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 12 months or to a fine not exceeding the statutory maximum (or to both); (b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 10 years or to a fine (or to

신설한 ‘Fraud Act 2006’을 입법하기에 이르렀다. 커먼로의 사기음모죄는 비록 존치되었으나, 검찰에서 동 죄의 남용방지를 위해 적용영역을 제한한 가이드라인³⁹⁴⁾이 제시되면서 비중이 크게 축소되었다.³⁹⁵⁾

II. theft 등에 의한 배임적 행위의 의율

Fraud Act 2006의 입법 이전에 배임적 행위의 규율은 theft에 의해서 어느 정도 의율될 수 있었다. 일례로 직물수출회사의 이사로 재직하는 피고인이, 회사가 거래상대방으로부터 배정받은 수출할당량(수출물량에 대한 매도인으로서 지위) 대부분을 타인에게 부정직하게 매각한 사안에서 Privy Council³⁹⁶⁾은 피고인에게 theft를 인정한 항소심을 지지했다.³⁹⁷⁾

또한 부부이자 회사의 유이한 이사이기도 한 주주 2인 중 1인이 회사로부터 부동산을 헐값에 매수하여 제3자에게 고가로 매각한 사안³⁹⁸⁾에 대해서, 학설은 theft Act에 규정된 부동산절도³⁹⁹⁾의 유형 중 “위탁받은

both).”

영국의 형사사법체계와 경죄사건 처리절차를 개관한 국내 문헌으로는, 최철환, “영국의 경죄사건 처리절차와 형사사법체계”, 법조 통권 592호, 2006. 1, 269면 이하.

393) Fraud Act 2006은 제6조 이하에서 특수한 Fraud 범죄 유형을, 제11조에서 Fraud와 별도로 부정직한 용역취득(Obtaining services dishonestly)을 규정한다.

394) 명칭은 Attorney General's guidelines for prosecutors on the use of the common law offence of conspiracy to defraud (Attorney General's Office, First published 2007)이며 <https://www.gov.uk/guidance/use-of-the-common-law-offence-of-conspiracy-to-defraud-6>. 에서 확인 가능하다(최종확인일 2019. 9. 29). 현 버전은 2012년 11월 29일에 공간된 것으로, 커먼로의 사기음모죄 활용시 현행 성문법, 특히 Fraud Act 2006에 의하여 기소될 수 있는가를 우선 검토하게 함으로써 동 죄의 적용 축소를 꾀한다. (원문은 다음과 같다: “In selecting charges in fraud cases, the prosecutor should first consider: •whether the behaviour could be prosecuted under statute - whether under the ‘Fraud Act 2006’ or another Act or as a statutory conspiracy”)

395) 그 외 유럽인권협정(ECHR) 제7조 위반소지가 있었으나 영국의 EU탈퇴에 따라 새롭게 논의될 여지도 있다.

396) The Judicial Committee of the Privy Council의 약칭으로 ‘추밀원’으로도 호칭되며, 일부 영연방국가, 자치섬(Crown Dependencies), 영국 해외영토 재판사건에 대한 최고 법원 역할을 수행한다.

397) A-G of Hong Kong v Chan Nai-Keung (1988) 86 Cr App R 174; Simester 외, 앞의 책, 596면 본문 및 624면 주 197에서 재인용.

398) Daniels v Daniels [1978] Ch 406; Simester 외, 위의 책, 579면 본문 및 619면 주 53에서 재인용.

399) Theft Act는 부동산에 대해서도 예외적인 경우에 theft를 인정한다.
Theft Act 제4조 제2항 (위탁받은 부동산의 절도 등)

부동산에 대한 절도”의 사례로 설명한다.⁴⁰⁰⁾ 한편 최근 판례⁴⁰¹⁾는 위탁 받은 부동산에 대한 절도가 문제된 사안에서 위탁관계가 무효임을 들어 이를 무죄 선고한바 있는데, 학설에서는 이를 지위남용에 의한 사기죄로 기소하였다면 명백하게 유죄가 인정되는 사안이라는 평가도 있다.⁴⁰²⁾ 후술하듯 Fraud Act 2006 제4조의 지위남용에 의한 사기는 사실상의 신임 관계에 위반한 행위도 처벌하므로, 이러한 평가는 타당하다고 본다.

theft의 요건 및 포섭의 문제는 구체적으로 다음과 같다. 우선 Theft Act 제1조 1항⁴⁰³⁾에 의하면 ① 타인의 재산을 그로부터 영구적으로 배제할 의도로 ② 부정직하게 ③ 유용한 경우에 theft가 성립한다. ‘타인의 재산’, 즉 재산의 타인성의 경우 영국에서도 법인이 이사, 주주와 별개 인격체임이 인정되어 왔고⁴⁰⁴⁾ 따라서 이사가 회사의 유일주주이기도 한 1인회사에서도 이사에게 회사재산이 타인의 재산임은 긍정되었다.⁴⁰⁵⁾

다음으로 ‘유용’은 소유자 아닌자가 타인의 재산을 소유자처럼 사용하는 행위인데, 1인주주인 이사에 의한 회사재산 사용이 소유자에 의한 사용인가에 대해 종래 논란이 있었으나⁴⁰⁶⁾⁴⁰⁷⁾ 최근에는 유용을 인정하는

A person cannot steal land, or things forming part of land and severed from it by him or by his directions, except in the following cases, that is to say—

(a) when he is a trustee or personal representative, or is authorised by power of attorney, or as a liquidator of a company, or otherwise, to sell or dispose of land belonging to another, and he appropriates the land or anything forming part of it by dealing with it in breach of the confidence reposed in him; or (이하 생략)

400) Simester 외, 앞의 책, 579면.

401) Gimbert [2018] EWCA Crim 2190, [2019] 2 WLR 72. 다만 판례는 구체적 사실관계에서 수탁자의 권한이 무효로 판명되어 Theft Act 제4조 제2항 (a)가 규정한 수탁자로 볼 수 없음을 이유로 피고인에게 동 죄의 무죄를 선고하였다. Simester 외, 앞의 책, 619면 주 54에서 재인용.

402) Simester 외, 위의 책, 주 54.

403) **Theft Act 제1조 제1항**

A person is guilty of theft if he dishonestly appropriates property belonging to another with the intention of permanently depriving the other of it.

404) Salomon v Salomon & Co Ltd [1897] AC 22 (HL). Simester 외, 앞의 책, 400면 본문 및 434면 주 224에서 재인용.

405) Macaura v Northern Assurance Co [1925] AC 619 (HL). James Mendelsohn, *Directors' thefts: case closed?*, CILEX Journal, 2014, 38면에서 재인용. 이 논문은 <http://eprints.hud.ac.uk/id/eprint/22219/1/DIRECTORS'%20THEFTS%20EDITED.pdf>에서도 확인 가능(최종확인일 2019. 9. 29).

406) 영국판례는 동일성이론의 입장 하에 이사의 범죄를 법인의 범죄로 간주, 이사의 범

추세이다. 1989년의 Philippou사건⁴⁰⁸⁾에서는 2인의 이사가 회사로부터 369,000파운드를 인출, 다른 재산을 구입하여 이를 그들이 지배하는 다른 회사에 양도한 사안에 관하여 항소법원은 피고인들의 행위와 의사가 곧 회사의 것이라는 피고인들의 주장을 배척하고 theft의 유죄를 선고한 원심을 지지하였다. 이후 1993년 Gomez사건⁴⁰⁹⁾에서 상원 법률위원회는 Philippou사건을 확인하고 Roffel사건⁴¹⁰⁾ 판시를 부정하면서, 소유자가 동의한 때에도 유용이 인정될 수 있다고 판시하였다. 따라서 회사재산을 임의로 취득한 이사가 회사가 그에 대해 동의했다는 이유를 들어 유용이 아님을 다투는 것은 더 이상 의미가 없게 되었다.⁴¹¹⁾

결국 theft 성립의 주요한 관건은 ‘부정직성’ 요건에 귀결된다. 실제로서는 특히 부정직의 소극적 요건을 규정한 Theft Act 제2조 제1항⁴¹²⁾이

죄를 이유로 법인에 대한 유죄판결을 긍정한다. Tesco Supermarkets Ltd v Natrass [1972] AC 153 (HL). 이러한 관념에 기초하여 회사의 유일한 이사이고 특히 유일한 주주이기도 한 경우에는 그에 의한 회사재산 사용은 소유자의 사용이므로 유용도 인정될 수 없다는 반론이 있었다. Mendelsohn, 위의 글, 38면.

407) 1985년 이른바 Roffel사건(R v Roffel (1985) VicRp 51; (1985) VR 511)에서는 회사의 유일한 주주이자 이사인 Roffel부부가 회사 재산에 대한 theft로 기소된 사안에서, 법원은 이른바 동일시이론에 입각하여 재산취거에 관한 Roffel의 의사 및 행위는 그 자체가 회사의 것으로 간주되므로 회사가 Roffel의 행위에 동의했다고 보아서 유용을 부정하였다. Mendelsohn, 위의 글, 38면에서 재인용.

408) R v Philippou (CA 1989) 89 Cr App R 290, 5 BCC 665, (1989). Mendelsohn, 위의 글, 38면에서 재인용. 참고로 영국 형사사건 당사자명 표기의 R은 왕(Rex) 또는 여왕(Regina)을 의미한다. 관련 설명을 제시하는 국내 문헌으로 법률위원회, “고의와 과실의 중간 개념에 관한 비교법적 고찰”, 형사법의 신동향 통권 제57호, 2017. 12, 201면 참조.

409) DPP v Gomez [1993] AC 442 (HL)(전자제품상점 점원이 사전에 공모한 지인으로부터 수표자금이 입금되지 않은 수표를 대금으로 받고 상점주의 승인을 얻어 상품을 공급한 행위에 대해서 theft 성립을 긍정).

410) 주 399 참조.

411) Mendelsohn, 위의 글, 38면.

412) **Theft Act 제2조 제1항**

2.-(1) A person's appropriation of property belonging to "Disanother is not to be regarded as dishonest- honestly".

(a) if he appropriates the property in the belief that he has in law the right to deprive the other of it, on behalf of himself or of a third person ; or

(b) if he appropriates the property in the belief that he would have the other's consent if the other knew of the appropriation and the circumstances of it ; or

(c) (except where the property came to him as trustee or personal representative) if he appropriates the property in the belief that the person to whom the property belongs cannot be discovered by taking reasonable steps.

문제되었다. 이에 의하면 ① 행위자가 자기에게 직접 또는 제3자를 대리하여 타인의 재산을 취거할 권리가 있다고 믿은 경우(제2조 제1항 a)), ② 행위자가 본인이 그 상황을 안다면 유용에 동의할 것으로 믿은 경우(제2조 제1항 b))에는 부정직성이 없는 것으로 간주된다. 선례 중 부정직성이 문제된 것이 있다.⁴¹³⁾ 여기에서는 이사의 행위가 회사의 행위로 간주되는 이상 이사의 회사재산 취거에 대한 회사의 동의가 인정되므로 제2조 제1항 a)에 의해 부정직성이 없다는 이사의 주장을 인정, 공소를 기각한 1심재판에 대하여 검찰이 항소하였다.

항소법원은 법인이 피해자인 경우에 동일시이론이 적용될 수 없고 제2조 제1항 a)도 적용될 수 없음을 설시하면서, 행위자는 단지 대상재산을 회사의 이익을 위해 사용했으므로 회사의 동의가 있을 것으로 신뢰하였다는 등으로 제2조 제1항 b)의 항변을 할 수 있을 뿐이라고 판시하였다. 이것은 동의와 부정직성 판단의 분리를 명확히 하고 부정직성의 실질적 판단을 강조한 점에서 중요한 의의가 있다. 이후 Gomez판결도 “문제는 피해자의 동의가 있었는가 여부가 아니라 회사로부터 그 재산을 취거한 행위가 부정직하였는가 여부이어야 한다”라는 설시⁴¹⁴⁾를 통해 이 점을 강조한바 있다. 한편 부정직 요건의 판단에 관련하여서는 이하에 언급될 Ghosh판결 및 Ivey판결에서 판단기준의 변화를 보이고 있다. 부정직성은 지위남용에 의한 사기죄의 요건이기도 하므로 이하에서 지위남용에 의한 사기죄에 관해 보면서 함께 검토하기로 한다.

제2항 지위남용에 의한 사기죄 (Fraud Act 2006 제4조)

I. 개관

Fraud Act 2006은 제1조⁴¹⁵⁾에서 일반사기죄를 규정하고 제2조부터 제4

413) Attorney-General's Reference (No 2 of 1982) [1984] QB 624; Mendelsohn, 앞의 글, 39면에서 재인용.

414) 상원 법률위원회 위원 Browne 및 Wilkinson의 의견.

415) 제1조 제1항 및 제2항은 일반사기죄의 3유형을 규정한다. 조문은 아래와 같다.

1 Fraud

(1) A person is guilty of fraud if he is in breach of any of the sections listed in subsection (2) (which provide for different ways of committing the offence).

(2) The sections are—

조에서 일반사기죄의 하위유형인 3개 범죄를 규정한다.⁴¹⁶⁾ 그 중 제4조의 지위남용에 의한 사기죄(Fraud by abuse of position)는 우리나라 배임죄와 규율영역이 적지 않게 중첩되는, 배임적 행위를 규율하는 핵심 조항이다. 동법 제4조는 아래와 같이 규정한다.

Fraud Act 2006 (2006.11.8.)

4 Fraud by abuse of position

- (1) A person is in breach of this section if he—
 - (a) occupies a position in which he is expected to safeguard or not to act against, the financial interests of another person,
 - (b) dishonestly abuses that position, and
 - (c) intends, by means of the abuse of that position—
 - (i) to make a gain for himself or another, or
 - (ii) to cause loss to another or to expose another to a risk of loss.
- (2) A person may be regarded as having abused his position even though his conduct consisted of an omission rather than an act.

Fraud Act 제4조에 따른 지위남용에 의한 사기는 타인의 재산상 이익을 보호하거나 그에 반해서 행위하지 않을 것으로 기대되는 지위에 있는 자(주체:제4조(1)(a))가, 자기 또는 제3자의 이익을 추구하거나 본인에게 손해발생 또는 그 위험에 노출시킬 목적으로(의도:제4조(1)(c)) 부정직하게 지위를 남용(행위:제4조(1)(b))한 때 성립한다. Fraud Act 2006에 따른 Fraud는 손해발생이나 이익취득과 같은 결과발생을 요건으로 하지 않고, 일정 행위의 충족시 바로 성립하는 범죄(conduct crime)임이 특징이다.⁴¹⁷⁾ 손해발생을 요구하지 않는 점에서, 일부 학설은 영미에서 형법적 개입을 근거짓는 전통적 기준이자 원칙으로 제시되는 ‘가해원칙’에 어긋난다는 본질적 의문을 제기하기도 한다.⁴¹⁸⁾

-
- (a) section 2 (fraud by false representation),
 - (b) section 3 (fraud by failing to disclose information), and
 - (c) section 4 (fraud by abuse of position).

416) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/35/contents>에서 Fraud Act의 전체 조항을 확인할 수 있다(최종확인일 2019. 9. 29).

417) Simester 외, 앞의 책, 685면.

418) 위의 책. 685면.

주체요건의 일반화는 독일의 배임죄와, 행위요건의 포괄성 및 결과발생의 불요는 프랑스 회사재산남용죄와, 이익취득 또는 본인가해목적 선택적으로 요구하는 점은 일본의 배임죄와 각 유사성이 높다. fraud의 보호법익과 관련하여, 이는 보통 재산범죄로 설명된다.⁴¹⁹⁾ 그러나 손해발생을 요하지 않는 프랑스 회사재산남용죄의 경우 순수한 재산죄로 보기 어렵다는 반론이 있음을 앞서 보았는데, 본 죄 역시 손해발생을 요하지 않고 객체가 재산으로 명확히 확정되어 있지 않기 때문에 같은 의문이 있을 수 있다고 본다.

II. 객관적 요건 : 주체(position) 및 행위(abuse)

1. 주체

(1) 사실상의 신임관계

영국의 문헌들은 대체로 동 죄의 요건을 객관적(Actus reus) 및 주관적 요건(Mens rea)으로 구분하여 설명한다. 우선 객관적 요건 중 주체와 관련하여 본다. 본 죄는 피해자의 재산상 이익(financial interests)에 대한 “우월적 지위(privileged position)”를 갖는 행위자가 그 이익을 보호하거나 해하지 않아야 할 자신의 지위를 오히려 자신이나 제3자를 위해서 또는 본인을 해하기 위해 이용함을 본질로 한다.⁴²⁰⁾ 따라서 주체는 그런 지위에 있는 자에 한정된다.⁴²¹⁾ 이것은 법적·공식적 지위가 아닌 신인의무에 준하는 사실상 관계(fiduciary relationship)로 충분하다고 한다.⁴²²⁾ 이사와 회사의 관계는 법률위원회에서 본 조의 적용대상의 하나로 예시되었고⁴²³⁾ 상법상 이사의 신인(信忍)의무(fiduciary duty)가 인정되어⁴²⁴⁾ 본 조

419) 위의 책, 687면.

420) Dennis J. Baker, Textbook of criminal law(4ed), Sweet & Maxwell, 2015, 1462면. 독일에서 배임죄 불법의 본질에 대한 논의와 유사하다.

421) 위의 책, 1462면.

422) 위의 책, 1464면. 예컨대 친구에게 현금카드를 맡기고 핀코드를 알려준 경우 본 조의 우월적 지위가 인정될 수 있다. 이와 달리 피해자가 핀코드를 알려준바 없고 행위자가 몰래 알아냈다면 신임관계가 없으므로 theft가 성립할 뿐이라고 한다.

423) 법률위원회의 언급을 소개하면 다음과 같다. “The necessary relationship will be present between trustee and beneficiary, director and company, professional person and client, agent and principal, employee and employer, or between partners. It may arise otherwise, for example within a family, or in the context of voluntary work, or in any

가 적용될 수 있음에 별다른 의문이 없다.

다만 법률위원회는 (본 조가 적용될 거의 모든 사례에서 민법 등에 의해서 신인의무와 같은 관계가 인정될 것이지만) 반드시 그러한 관계가 필수적이어야 하는가에 대해서는 의문을 표시한다.⁴²⁵⁾ 이와 관련하여 법문은 재산상 이익의 보호가 ‘기대되는(expected)’ 관계일 것을 요구한다. 재산보호의 기대를 발생하는 관계인가 여부는 법원이 객관적으로 평가할 문제로 설명된다.⁴²⁶⁾ 학설 역시 법적으로 신인의무가 인정되는 사례에 국한하지 않고 이러한 관계를 폭넓게 인정한다. 학설이 이러한 관계로 예시하는 사례 중에는 고용관계에서 피고용자가 고용주에 알리지 않고 은밀하게 이익충돌행위를 하는 경우, 뇌물이나 리베이트를 챙기는 경우, 고용주의 자산으로 사적인 용도의 사용이나 비용에 제공하는 사례가 제시되며⁴²⁷⁾ 이는 미국에서 우편사기죄의 하위유형인 honest service fraud로 의율되었던 사례군과 극히 유사하다. 그 밖에 물건을 오랜 기간 저렴한 가격으로 공급하여 신뢰를 형성한 후 갑자기 가격을 올리는 경우⁴²⁸⁾도

context where the parties are not at arm's length.” Law Commission, 앞의 글, 66면. 이로부터 볼 때, 본 죄는 다른 ‘부정직(dishonesty)’ 범죄로 포섭할 수 없는 범죄를 처벌하기 위한 것임이 명백하다고 한다. Simester 외, 앞의 책, 697면.

424) 2006년 회사법(Companies Act)에 이사의 회사에 대한 신인의무(fiduciary duty) 등이 명시되어 있다. 다만 법률위원회에 예시된 관계가 사법상 규율과 어떤 관계인가에 관한 특별한 문제의식은 보이지 않는다. Companies Act 2006, 제170-77, 특히 제172조 (duty to promote the success of the company) 및 제174조 (duty to exercise reasonable care, skill and diligence).

425) 원문은 다음과 같다; “In nearly all cases where it arises, it will be recognized by the civil law as importing fiduciary duties, and any relationship that is so recognized will suffice. We see no reason, however, why the existence of such duties should be essential. This does not of course mean that it would be entirely a matter for the fact-finders whether the necessary relationship exists.” . Law Commission, 앞의 글, 66면(단락 7.38).

426) D. Ormerod, Smith and Hogan’s Criminal Law(13th Edition), Oxford university press, 2011, 908면. 법률위원회는 재산보호의 기대를 야기할 만한 관계인가 여부는 법원이 결정할 문제이고 배심재판의 경우 배심원에 대한 설명대상이 된다고 언급한다. 원문은 다음과 같다; “The question whether the particular facts alleged can properly be described as giving rise to that relationship will be an issue capable of being ruled upon by the judge and, if the case goes to the jury, of being the subject of directions.” . Law Commission, 위의 글.

427) Simester 외, 앞의 책, 697면.

428) “Another unscrupulous person who would seem to be caught by section 4 is the tradesman who regularly supplies V with goods or services, building up over the

의율가능한 사례로 제시된다. 그러나 이러한 신인의무 유사 관계가 형성된바 없는, 단순한 매매, 상품 공급계약 등의 경우에는 일방당사자가 더 우월한 지위에 있다는 것만으로는 동 죄가 적용되지 않는다고 한다.⁴²⁹⁾

결국 동 죄의 주체는 법률상의 신인의무가 인정되는 관계에 국한되지 않고 사실상의 신임관계가 있는 자를 포함한다고 할 수 있다. 이것은 동 죄의 적용에 유연성을 부여하는 반면 모호성의 문제를 초래한다. 더욱이 본 죄의 행위인 ‘남용’ 역시 포괄성을 띠고 있다. 따라서 동 죄의 다른 요건인 ‘부정직’ 성의 필터기능이 더욱 중요하다고 할 수 있다.⁴³⁰⁾

(2) 이사의 경우

만약 이사에 대하여 본 죄 성부가 문제되는 경우 회사 외에 주주나 채권자 등 다른 이해관계자와 이사 간에 이러한 관계가 인정되는가 문제될 수 있다. 과거 커먼로의 사기음모죄에 관한 판례 중에는 회사 직원의 지위남용에 의한 피해자가 될 수 있는 범위에 관하여, 회사는 물론 주주들, 채권자들 및 예금 예치자들 같은 회사 외의 자도 포함될 수 있다고 설시한 것이 있다.⁴³¹⁾ 다만 본 죄에서 이 점은 분명하지 않다. 주주나 채권자와 사이에 사실상 신임관계가 존재하는가는 논란이 있을 수 있다. 법률위원회의 예시사례에는 이사와 회사, 사원 과 사원간의 관계만이 기재되어 있고, 주주와 회사 또는 회사채권자와의 관계가 명시되어 있지 않다.⁴³²⁾ 이러한 기재는 오히려 이사의 경우 주주나 채권자에 대한 신임관계를 인정하지 않는 취지에 가깝다고 본다.

(3) 보호대상

한편 보호대상인 ‘재산적 이익’은 법문에 정의가 없으나 무형의 가치를 포함하는 넓은 개념이며 어느 정도 장기간을 두고 평가된다.⁴³³⁾ 재산

course of time a relationship in which V comes to trust him but then abuses V's trust by charging him prices that are far above the going rate.”

429) [2014] EWCA Crim 2888, [2015] 3 WLR 109 및 Simester 외, 앞의 책, 698면.

430) Simester 외, 위의 책.

431) Wai Yu-Tsang v r 1992 1 ac 269.

432) 주 416 참조.

433) Ormerod, 앞의 책, 909면.

적 이익은 그것을 보호하는 ‘지위’ (주체)의 측면과 본인의 재산적 이익을 해한다는 ‘목적’의 측면에서 반영되지만 실제로 재산적 이익을 취득하거나 손해를 가할 결과가 요구되지 않기 때문에 엄밀히 본 죄의 객체로는 보이지 않는다.

2. 행위

법문이 정한 행위 요건은 상기한 지위의 ‘남용(abuse)’이다. 그러나 광범위한 영역을 포섭하기 위한 의도하에 입법자는 법률에 남용의 개념을 정의하지 않고 다른 조건의 부가도 최소화하였다.⁴³⁴⁾ 본 조가 적용의 유연성을 추구한 이상 그에 따른 요건상의 포괄성은 부득이하다고 평가된다.⁴³⁵⁾ 학설에서는 남용개념의 포괄성으로 인해 판사가 이를 판단함에 있어서 행위가 실제 야기한 손해 또는 손해발생 위험에의 노출(expose to the risk of loss)을 사실상 고려하게 될 것이라는 평가⁴³⁶⁾도 있다. 결과발생을 요하지 않으므로 본 죄 입법 전 (다른 범죄의) 미수로 처벌되었던 범죄유형은 본 죄의 기수로 처벌된다.⁴³⁷⁾

Ⅲ. 주관적 요건 : 부정직성(dishonest) 및 의도(intention)

지위의 남용은 “부정직하게(dishonestly)” 행해져야 한다(부정직성). 이는 본 죄를 비롯하여 2006년 Fraud Act에 규정된 범죄들의 공통 요건으로서 학설은 이를 대체로 본죄의 주관적 요건⁴³⁸⁾으로 설명한다. 그러나 Fraud Act 2006에 그 정의가 없고 해석의 단서도 없기 때문에, 부정직성 해석에 있어서는 동 법 입법 이전의 논의가 적용된다.⁴³⁹⁾

434) 법률위원회에 처음 상정되었던 초안은 남용이 ‘부정직하고 은밀하게(dishonestly and secretly)’ 행해질 것을 요구하여 현재보다 제한을 가한 형태였는데, 은밀하다는 의미 자체가 불명확하고 그러한 제한이 불필요할 뿐 아니라 무엇보다도 남용 개념에 대해 다소의 제한조차 허용하지 않겠다는 입법의도가 명백했기 때문에 ‘은밀하게’ 부분을 삭제했다고 한다. Simester, 앞의 책, 698면 및 Ormerod, 앞의 책, 909면.

435) Simester, 앞의 책, 698면.

436) Ormerod, 앞의 책, 909면.

437) Simester, 앞의 책, 685면.

438) Simester, 앞의 책, 689면 등.

439) 1968년 Theft Act 2조는 부정직성의 소극적 요건에 관하여만 규정하고 있어, 적극적 요건 내지 판단기준은 판례에서 논의되어 왔다. 한편 Fraud Act 2006의 입법 시에

부정직성의 판단기준에 관하여는 종래 배심원이 일반적으로 수용되는 기준에 의해 인정할 문제라고 판시한 Feely판결⁴⁴⁰⁾ 및 배심원이 행위자 스스로 그 행위가 부정직하다고 믿었는가를 기준으로 인정할 문제라고 판시한 Boggeln판결⁴⁴¹⁾간 입장이 달랐으나, 이를 정리한 Ghosh판결⁴⁴²⁾이 제시한 이른바 ‘Ghosh test’가 판단기준으로 사용되어 왔다. 이에 의하면 ① ‘합리적이고 정직한 사람’들의 통상의 기준에 의할 때 행위자의 행위가 부정직했는가 및 ② 피고인이 스스로 ‘합리적이고 정직한 사람’들의 입장에서 볼 때에 자기의 행위가 부정직하다고 간주될 수 있음을 자각⁴⁴³⁾했는가의 두 질문이 문의되어야 하고, 양자 모두 긍정되는 때 부정직성이 인정되었다.

이 기준은 2017년 Ivey판결에서 두 번째 질문을 삭제하기 전까지 통용되었다. 그러나 Ivey판결⁴⁴⁴⁾은 부정직성 판단에서 Ghosh판결이 확립한 Ghosh test를 변경⁴⁴⁵⁾하여, 피고인의 주관적인 인식을 배제하고 오직 합리적이고 정직한 사람들의 통상적인 기준에 의한 객관적 판단, 즉 첫 번째 기준만을 남김으로써 기준을 완화하고 있다. 대법관 Hughes는 아래와 같이 판시한다.

“법이 동시대의 정직성의 기준을 자각하지 못한 자를 용서하여야 할 이유는 없다. 법은 원칙적으로 사회에서 범죄적으로 판단되는 기준을 갖는 자를 용서하지 않고, 그래야 할 의무도 없다. 반대로 형법의 기능

부정직성의 정의에 대한 필요성이 논의되었으나, 결국 필요가 없다고 보아 정의를 두지 않았다. Axel Palmer, *The Fraud Act's 10th anniversary, Time to celebrate? Not quite!*, in: *Financial Crime and Corporate Misconduct: A Critical Evaluation of Fraud Legislation*, 2018, 18면 이하 참조.

440) Feely [1973] QB 530, 537-8 (CA).

441) Boggeln v Williams [1978] 2 All ER 1061.

442) Ghosh[1982] QB 1053. 및 Simester 외, 앞의 책, 689면.

443) 본죄 입법전 커먼로상 사기음모죄에 관한 판례는 회사의 회계담당 상급직원이 상사의 지시에 따라 거액의 수표부도를 회계장부에 기재하지 않고 은닉하여 커먼로의 사기음모죄로 기소된 사안에서, 회사의 이익을 위해 행위했다는 피고인 주장에 불구하고 피고인에게 유죄를 인정한 바 있다. Wai Yu-Tsang v R [1992] 1 AC 269.

444) Ivey v Genting Casinos (UK) Ltd t/a Crockfords [2017] UKSC 67.

445) 다만 그러한 변경이 방론(obiter)으로 실시되었기 때문에, Ghosh판결의 폐기 여부 및 Ivey판결이 제시한 기준의 구속력에 관하여는 논란이 있다. 이에 대해 실무에서는 사실상 구속력이 있는 것으로 받아들이고 있다고 한다. 상세는 Chris Monaghan, *A critical commentary on the Fraud Act 2006*, in: *Financial Crime and Corporate Misconduct: A Critical Evaluation of Fraud Legislation*, 2018, 5면 이하 참조.

은 무엇이 가별적이거나 아닌가를 결정하는 데 있다는 점이 중요하고 결정적이기도 하다. 형법의 목적은 허용될 수 있는 행위의 기준을 설정하는 데에 있다.” 그는 행위자가 설정한 기준이 사회가 일반적으로 기대하는 것과 괴리될수록 오히려 형사책임이 부과될 가능성이 감소하는 모순점도 두 번째 주관적 기준이 갖는 불합리성의 이유로 든다.⁴⁴⁶⁾

기준의 완화도 중요하지만 주목되는 것은 부정직성 판단기준의 객관화이다. 부정직성에 대한 자각은 우리 법체계에서는 임무위배의 사실적 측면과 규범적 측면의 인식 중 규범적 측면의 인식에 대응될 여지가 있는 부분으로, 말하자면 임무위배의 인식 여부 판단에서 임무위배의 규범적 측면에 대한 행위자의 인식을 고려요소에서 배제한 것에 비교된다. Ivey 판결이 제시한 부정직성 기준은 ‘객관적’이다.⁴⁴⁷⁾ 다만 이에 대해서는 실제에서 재판의 결론을 결정적으로 다르게 할 수 있는 부분이기도 하면서 구체적 사례에서 부정직성 여부의 판단이 배심원에 일임⁴⁴⁸⁾되어 있기⁴⁴⁹⁾때문에, 기본적으로 동일한 사건유형에 대해서조차 서로 다른 배심재판마다 결론이 각기 다르게 될 것이라는 우려를 제기하기도 한다.⁴⁵¹⁾

446) Ivey v Genting Casinos (UK) Ltd t/a Crockfords [2017] UKSC 67. 인용된 판시 부분을 소개하는 문헌으로 Chris Monaghan, 앞의 글, 5면 참조.

447) Chris Monaghan, 앞의 글, 6면; Richard Glover, *Some implications of Hunter for Fraud Act 2006*, in: *Financial Crime and Corporate Misconduct: A Critical Evaluation of Fraud Legislation*, 2018, 193면(“although dishonesty’ is a subjective state of mind, the standard by which that is judged is objective.”).

448) Palmer, 앞의 글, 18면; Feely [1973] QB 530, 537-8 (CA); DPP v Gomez [1993] AC 442 (HL); Ivey v Genting Casinos (UK) Ltd t/a Crockfords [2017] UKSC 67.

449) R (A) v Snaresbrook Crown Court [2001] EWHC Admin 456(이사의 회사재산 취거에 대해서 회사의 모든 이사들이 승인함으로써 수권이 있었더라도 그 취거가 부정직한 이상 theft를 구성한다는 사안으로서, 부정직성 판단은 배심원이 결정할 문제임을 확인함). Fraud Act 2006이 입법되기 이전의 것이다.

450) 다만 모든 fraud범죄가 배심재판에 의하는 것은 아니며, 피고인의 유죄 인정 여부나 범죄의 심각성에 따라서 치안판사 또는 법원에서 재판이 진행될 수 있다. 치안판사 사건의 경우 피고인은 유죄를 인정하지 않고 이후 배심재판에서 부정직성 등 fraud의 요건을 판단받을 수 있을 것이다. 한편 fraud재판에 배심원들의 관여에 관해서는 영국에서도 그 적정성 논란 등 비판이 있다고 한다. Nicola Monaghan, *Who should try ‘complex fraud trials’?*, *Reconsidering the composition of the tribunal of fact 30 years after Roskill*, in: *Financial Crime and Corporate Misconduct: A Critical Evaluation of Fraud Legislation*, 2018, 177면 이하 등 참조.

451) Richard Glover, *Some implications of Hunter for Fraud Act 2006*, in: *Financial Crime*

부정직성 외에 또 하나의 주관적 요건은 행위자의 ‘의도(intend)’이다. 그 내용은 ① 행위자 자신 또는 본인 외 제3자에게 이익을 발생시키거나 ② 본인에게 손해를 야기 또는 그 위험에 노출시키겠다는 의도이다. Theft Act의 디셉션 범죄와 달리 이익이나 손해는 객관적 요건에서 배제되고, 특히 이익추구나 손해야기의 각 의도를 선택적으로 구성함으로써 본 죄의 성립범위를 더 넓히고 있다. 때문에 사익추구가 명확하지 않은 사례 뿐 아니라 심지어 본인의 이익을 추구한 사례에서도, 손해발생의 대의도만 인정되면 본 죄가 성립될 수 있다. 특히 Fraud Act 2006 제5조⁴⁵²⁾의 이익과 손해는 넓은 의미로 정의되어 있어,⁴⁵³⁾ 일실회의 상실의 위험에 대한 행위자의 의도만으로도 주관적 요건이 충족될 수 있다.

의도의 정도 및 인정기준 또한 문제이다. Fraud Act 제4조 1항 c)는 의도를 요한다고 할 뿐 그 정도에 관한 언급이나 단서가 없다. 영국의 학설과 판례는 범죄일반의 주관적 의도 판단에 있어서 ‘결과발생에 대한 가정적 확실성의 인식’이 있으면 의도를 인정하는바⁴⁵⁴⁾ 결과발생을 요

and Corporate Misconduct: A Critical Evaluation of Fraud Legislation, 2018, 194면 (“different juries will reach different decisions on essentially the same facts”). 법령상 제한(Contempt of Court 1981, s.8.)으로 인하여 부정직성 판단 축적의 한계가 있음도 언급한다. 같은 글, 194면 및 주 20.

452) **Fraud Act 2006 제5조 “Gain” and “loss”**

- (1) The references to gain and loss in sections 2 to 4 are to be read in accordance with this section.
- (2) “Gain” and “loss”—
 - (a) extend only to gain or loss in money or other property;
 - (b) include any such gain or loss whether temporary or permanent; and “property” means any property whether real or personal (including things in action and other intangible property).
- (3) “Gain” includes a gain by keeping what one has, as well as a gain by getting what one does not have.
- (4) “Loss” includes a loss by not getting what one might get, as well as a loss by parting with what one has.

453) Fraud Act 제5조에 의하면 이익은 기존재산 보존과 신규재산 취득에 의한 이익을 포함하고 손실은 기존재산의 손실 및 일실회의 상실을 포함하며, 이익과 손실은 영구적인 것과 일시적인 것을 모두 포함한다. 나아가 이익과 손실의 대상인 재산은 무체재산을 포함하는 넓은 의미로 정의되며, Fraud Act 제4조는 손해에 손해발생의 위험을 포함시키고 있다.

454) Simester 외, 앞의 책, 209-210면. 그러나 본문에 소개된 기준에 불구하고, 의도(intention)의 존부 판단은 별다른 기준제시나 설명 없이 배심원에게 일임하는 방법이 오히려 일반적이다. 예컨대 판례는 ‘의도’의 의미는 누구나 아는 것이므로 배

하지 않는 본 죄에 이 기준이 적용될 수 있는지 문제된다. 일부학설은 비록 본 죄가 결과발생을 요하지 않더라도, 문언상 추구된 목적과 행위 간의 인과성을 요하기 때문에 인과적 추론이 여전히 필요함을 지적한다.⁴⁵⁵⁾ 이에 의하면 의도 판단에 있어 ‘결과발생에 대한 가정적 확실성의 인식’ 기준은, 본 죄에서 ‘추구한 목적달성에 대한 가정적 확실성의 인식’으로 치환될 수 있을 것으로 보인다. 그러나 본 죄에서 손해발생의 의도는 손해발생의 ‘위험’에 대한 의도를 포함하며, 특히 이사의 경영상 결정에 내재하는 본질적인 리스크로 인해 적어도 손해발생의 위험에 대한 이사의 인식은 거의 인정될 것인바, 그럼에도 행위로 나아간 상황에서 손해발생의 ‘위험’에 대한 의도를 부정하기 쉽지 않을 것이기 때문에, 배심원에 의한 판단임을 고려하더라도 필터기능은 제한적인 것으로 평가된다.⁴⁵⁶⁾

한편 행위자에게 본인을 위한 의도가 있었던 경우의 취급이 문제된다. 본 죄의 규정상 본인의 이익에 대한 의도는 요구되지 않아 문제이다. 본 죄 입법 이전 판례⁴⁵⁷⁾는 행위자가 행위 시에 본인을 손해의 위험에 노출시키려는 의도 및 본인을 위한 의도가 동시에 있었던 경우에 행위자의 궁극적 동기가 자기이익 추구가 아닌 본인의 이익을 추구한 것인가와는 무관하게, 피해자가 손해의 위험에 노출되는 것을 의도한 이상 고의가 인정된다고 하여 피고인의 유죄를 인정한바 있다. 이에 본 죄에서도 본인을 위한 의도는 고려되지 않을 여지가 있다.

IV. 적용사례

본 죄에 대해서 아직 판례가 충분히 축적되지 않았으나⁴⁵⁸⁾ 영국 검찰

심원에게 그 의미설명은 회피되어야 하고 그 판단은 배심원들의 지각에 맡겨야 한다고(leave it to the jury's good sense) 판시한다(Moloney [1985] AC 905, 926.; Simester 외, 앞의 책, 210면에서 재인용). 참고로 부정직성에 대해서도 같은 설명이 제시된다. Palmer, 앞의 글, 18면.

455) Simester 외, 앞의 책, 689면.

456) 근본적으로 손해발생의 위험에 대한 확정적 의도는 손해발생에 대한 미필적 의도와 구별하기 곤란하며 손해와 그 위험도 명확한 구별이 어렵기 때문이다.

457) Wai Yu-Tsang v R [1992] 1 AC 269. 커먼로상 사기음모죄에 관한 판례이다.

458) 영국 판례출판위원회 웹사이트(<https://www.iclr.co.uk/>)에서 지위남용에 의한 사기죄로 검색되는 판례는 3건에 불과하다(최종접속 2019. 9. 21).

청의 가이드라인이 제시하는 이하 적용사례⁴⁵⁹⁾들은 적어도 영미법제에 우리나라의 배임죄와 같은 규정이 없거나 배임적 행위가 처벌되지 않는다는 견해에 대해서 유효한 반박을 제공한다. 심지어 행위자나 제3자의 실제 이익취득 여부를 묻지 않기 때문에, 우리 배임죄의 미수가 성립하는 유형도 기수로 처벌될 수 있다.

- 이사가 회사에서 직무상 얻은 지식을 부정직하게 사적 이익을 얻기 위해 활용하는 행위
- 회사의 피용자가 회사에 결정적인 계약체결 기회를 다른 회사 또는 동료에게 넘기기 위해 의도적으로 무산시키는 행위
- 회사의 피용자가 지위를 남용하여 친구, 친척 또는 동료에게 계약체결 건을 안기거나 디스카운트를 제공하는 행위
- 소프트웨어회사의 직원이 사적 이익 취득을 위해 판매할 의도에서 직원 지위를 이용하여 소프트웨어를 복제하는 행위
- 자신이나 타인의 이익을 얻기 위해 계약조건을 벗어나 부정직하게 행동하는 신탁자
- 노인 또는 장애인의 보호자로 고용된 자가 관리하는 피보호자의 은행계좌에 접근하여 사적인 용도를 위해 현금을 이체하는 행위(theft도 성립 가능)

제3항 검토

첫째, 영국에서는 과거 배임적 행위유형을 Theft Act에 따른 theft (deception범죄 포함) 및 커먼로상 fraud범죄로 규율하였다. Theft 의율의 요건인 타인재산의 부정직한 유용 여부 판단에 있어서, 1993년 Gomez사건 등을 계기로 ‘부정직성’ 판단의 중요성이 커지기 시작하였다. 그러던 중 법률체계와 요건의 복잡성에 따른 혼란을 단일법령에 의한 규율로 단순화함으로써 해결하고, House of Lords의 Preddy판결로 발생한 처벌공백 등 문제에 대응하고자 Fraud Act 2006이 제정되었고, 동법은 부정직성을 fraud의 요건으로 채택하였다. 동법 제4조의 지위남용에 의한 사기죄는 본인의 재산을 보호하거나 침해하지 않을 법률상·사실상의 신임관계를

459) 원문은 <http://www.cps.gov.uk/legal-guidance/fraud-act-2006> 에서 확인할 수 있다.

갖는 행위자가 본인으로부터 부여받은 우월적 지위를 사익추구 또는 가해목적으로 부정직하게 남용한 때에 성립한다.

둘째, 주체요건인 지위의 판단에는 신인(信忍)의무가 인정되는 지위에 있는가가 관건이다. 이것은 법률상의 것에 한정되지 않는다. 객관적 행위요건은 지위의 ‘사용’ 인바, 이것은 ‘부정직성’ 과 결합할 때 가별적 남용이 될 수 있으므로, 요건의 실질적 핵심은 부정직성 여부이다. 영국 대법원은 Ivey판결에서, 종래 Ghosh판결이 확립한 Ghosh test의 두 가지 기준 중 ‘피고인 스스로가 합리적이고 정직한 사람들의 시각에서 자신의 행위가 부정직한 것으로 간주될 수 있음을 자각했는가’ 를 사실상 삭제하고, ‘합리적이고 정직한 사람들의 통상의 기준에 의할 때 피고인의 행위가 부정직했는가’ 의 기준만 남김으로써 판단기준을 객관화하고 있다.

셋째, 동 죄의 주체 요건은 독일의 배임죄, 행위의 포괄성 및 결과발생의 불요는 프랑스의 회사재산남용죄, 목적요건은 일본의 배임죄와 큰 유사성을 갖는다. 주요 각국 중 가장 최근의 입법입에 불구하고 객관적 요건이 극히 포괄적이고 부정직성 요건도 모호성이 뚜렷하다. 특별한 주관적 요건으로 요구되는 사익추구와 본인가해 목적은 선택적 관계이며, 가해목적에서 손해에는 일실이익 및 손해의 위험까지 포함하므로 사실상 목적요건도 완화될 소지를 안고 있다. 더구나 그 판단이 배심원에 의하므로 선례의 축적에 한계가 있고, 배심재판마다 결론이 다르게 될 우려가 제기된다.

지위남용에 의한 사기죄는 우리 배임죄와 달리 순수 가해목적의 행위도 처벌대상에 포함되고, 이익취득 또는 손해발생이라는 결과발생도 요하지 않는 점을 고려할 때, 조항 자체만을 놓고 보면 우리 배임죄보다 처벌요건이 완화되어 있다는 평가가 가능하다. 때문에 운용여하에 따라서는 우리 배임죄의 처벌범위보다 훨씬 광범위할 수 있다. 이런 포괄적 요건이 사용된 입법이 입법자에 의해 의도되었다는 점은 경제영역의 다종다양한 사건들을 형사제재를 통해 규율하여야 할 현실적 필요성이 영국에서도 예외가 아님을 시사한다.

제5절 미국의 Honest Services Fraud

앞서 개관한 프랑스, 독일, 일본 및 영국의 각 법령은, 딱 들어맞지는 않더라도 우리 형법의 배임죄에 대응될 수 있는 조항을 두고 있다. 반면 미국의 경우 배임적 행위만을 규율하는 독립된 연방법 조항을 찾기 쉽지 않은 것이 사실이다. 이는 배임적 행위가 처벌되지 않기 때문이라기보다, 그 처벌을 우리의 사기죄와 유사한 Fraud의 적용을 통해 해결하고 있기 때문이다. 이사가 회사에 대해, 나아가 행위자 일반이 본인에 대해 부담하는 신인의무를 침해하는 행위를 미국에서는 18 U.S.C. 1341, 1343 및 1346이 규정한 Mail and Wire Fraud 및 “Honest Services Fraud” 를 적용하여 처벌한다. 이하에서 이에 관하여 개관한다.

제1항 Mail and Wire Fraud의 개관

I. 서설

우편 및 전신사기죄(Mail and Wire Fraud)는 1872년 제정된 우편사기죄 및 1952년 제정된 전신사기죄를 통칭하는, 화이트칼라범죄 대처에 활용되는 연방법의 대표적 규정이다.⁴⁶⁰⁾ 배임적 행위유형에 대해서도 공적·사적 영역의 이해충돌, 리베이트, 뇌물수수 등 배임적 행위유형에 해당 동 죄가 의율되어 왔다. 이것은 별도의 명문규정(18 U.S.C. 1346)에 의해 규율되며 이른바 “Honest Services Fraud” 라는 이름하에 독립주제⁴⁶¹⁾로 취급된다. Honest Services Fraud의 요체는 행위자가 본인을 위하여 행위한다는 의미에서 행위자와 본인 간 신인관계가 인정되는 특정한 경우에 본인은 행위자에 대해 (행위자로부터) 정직한 서비스를 받을 권리라는 무형의 권리를 보유하고, 이사 또는 행위자가 신인관계에 위반하는 행위

460) 화이트칼라범죄 소추를 위한 ‘Stradivarius’ 이자 ‘Colt 45’, ‘Louisville Slugger(흙런 타자의 베트로 상징되는 미국 야구배트의 브랜드명)’ 등으로 비유되기도 한다. Congressional Research Service, *Mail and Wire Fraud: A Brief Overview of Federal Criminal Law*, R41930, 2019, 5면. 이 문서는 <https://crsreports.congress.gov> 에서 검색 가능(최종확인일 2019. 9. 29)(이하 ‘Mail and Wire Fraud’ 로 약칭).

461) 예컨대 Congressional Research Service, *Bribery, Kickbacks, and Self-Dealing: An Overview of Honest Services Fraud and Issues for Congress*, R45479, 2019(이 문서는 <https://crsreports.congress.gov> 에서 검색 가능(최종확인일 2019. 9. 29))(이하 ‘Bribery, Kickbacks, and Self-Dealing’ 으로 약칭).

를 행함으로써 회사 또는 본인의 위 권리를 침해한다는 것이다. 이러한 논리는 그 입법 이전에 이미 판결을 통해 형성되어 있었고, 후술할 McNally판결에 대응하여 이루어진 위 조항의 성문화 시에 입법자가 채택한 것이기도 하다.

우편사기죄에 대해서는 18 U.S.C. 1341⁴⁶²⁾조가, 전신사기죄에 대해서는 18 U.S.C. 1343⁴⁶³⁾조가 각 규정하고 있다. 전신사기죄는 1952년 입법 시 전신을 사용한다는 점 외에 우편사기죄의 법문을 그대로 채택했기 때문에 우편사기와 전신사기 일방에 대한 법리와 판례는 타방에도 적용된

462) 원문은 다음과 같다; “**18 U.S.C. 1341 (Mail Fraud)** Whoever, having devised or intending to devise any scheme or artifice to defraud, or for obtaining money or property by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises, or to sell, dispose of, loan, exchange, alter, give away, distribute, supply, or furnish or procure for unlawful use any counterfeit or spurious coin, obligation, security, or other article, or anything represented to be or intimated or held out to be such counterfeit or spurious article, for the purpose of executing such scheme or artifice or attempting so to do, places in any post office or authorized depository for mail matter, any matter or thing whatever to be sent or delivered by the Postal Service, or deposits or causes to be deposited any matter or thing whatever to be sent or delivered by any private or commercial interstate carrier, or takes or receives therefrom, any such matter or thing, or knowingly causes to be delivered by mail or such carrier according to the direction thereon, or at the place at which it is directed to be delivered by the person to whom it is addressed, any such matter or thing, shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both. If the violation occurs in relation to, or involving any benefit authorized, transported, transmitted, transferred, disbursed, or paid in connection with, a presidentially declared major disaster or emergency (as those terms are defined in section 102 of the Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act (42 U.S.C. 5122)), or affects a financial institution, such person shall be fined not more than \$1,000,000 or imprisoned not more than 30 years, or both.”

463) 원문은 다음과 같다; “**18 U.S.C. 1343 (Wire Fraud)** Whoever, having devised or intending to devise any scheme or artifice to defraud, or for obtaining money or property by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises, transmits or causes to be transmitted by means of wire, radio, or television communication in interstate or foreign commerce, any writings, signs, signals, pictures, or sounds for the purpose of executing such scheme or artifice, shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both. If the violation occurs in relation to, or involving any benefit authorized, transported, transmitted, transferred, disbursed, or paid in connection with, a presidentially declared major disaster or emergency (as those terms are defined in section 102 of the Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act (42 U.S.C. 5122)), or affects a financial institution, such person shall be fined not more than \$1,000,000 or imprisoned not more than 30 years, or both.”

다.⁴⁶⁴) 또한 뒤이어 상술할 Honest Services에 관한 1346⁴⁶⁵)조를 비롯해서 음모(conspiracy)죄의 처벌을 규정한 1349⁴⁶⁶)조 역시 양 조항 모두에 적용된다.

II. Mail and Wire Fraud의 요건

우편·전신사기죄의 일반적 요건⁴⁶⁷)은 판례마다 다른 점이 없지 않으나, 대체로 ① 사기적 책략(기망행위; Scheme to Defraud) 및 사기성의 실질(Materiality⁴⁶⁸)) ② 위 ①의 책략의 촉진을 위한 우편·전신의 활용(Use of Mail or Wire Communications) ③ 행위의 목적으로서 금전이나 재산⁴⁶⁹), 또는 정직한 의무제공을 받을 권리⁴⁷⁰) (Defrauding or to Obtain Money or Property) ④ 범의(Intent)⁴⁷¹)로 설명된다.

우선 ① 사기적 책략은 속임수, 반언(反言) 또는 과장 등 일상생활에서 요구되는 기본적 정직성을 일탈한 행위인데, 법문에 대상에 대한 제한이 없지만 연방대법원은 책략에 기망의 실질성이 있어야 한다고 판시한다.⁴⁷²) 다만 그 인정기준에 대해서는 연방 항소법원간에 판단이 통일되

464) United States v. Reifler, 446 F.3d 65, 95(2d Cir. 2006) 및 Carpenter v. United States, 484 U.S. 19, 25 and n.6 (1987)).

465) **18 U.S.C. 1346 (Honest Services)**

For the purposes of this chapter, the term “scheme or artifice to defraud” includes a scheme or artifice to deprive another of the intangible right of honest services.

466) **18 U.S.C. 1349 (Attempt and Conspiracy)** Any person who attempts or conspires to commit any offense under this chapter shall be subject to the same penalties as those prescribed for the offense, the commission of which was the object of the attempt or conspiracy.

467) United States v. Hoffman, 901 F.3d 523, 545 (5th Cir. 2018) (“To prove those fraud offenses, the government had to show (1) a scheme to defraud that employed false material representations, (2) the use of mail or interstate wires in furtherance of the scheme and (3) the specific intent to defraud.”); United States v. Weaver, 860 F.3d 90, 94 (2d Cir. 2017) (“The essential elements of mail and wire fraud are (1) a scheme to defraud, (2) money or property as the object of the scheme, and (3) use of the mails or the wires to further the scheme.”)

468) ‘중요부분에 대한 기망’으로 표현되기도 한다. 안병수, “미국의 M&A관련 화이트 칼라 범죄연구”, 국외훈련검사 연구논문집(제26집), 2011, 325면.

469) United States v. Weaver, 860 F.3d 90, 94 (2d Cir. 2017); Congressional Research Service, Mail and Wire Fraud, 3면 주21에서 재인용.

470) United States v. Pinson, 860 F.3d 152, 168 (4th Cir. 2017)(위의 글에서 재인용).

471) “specific intent” ; United States v. Hoffman, 901 F.3d 523, 545 (5th Cir. 2018)(위의 글에서 재인용).

어 있지 않다. 어떤 항소법원⁴⁷³⁾은 합리적인 사람이 신뢰할만한 진술일 것을 요구하여 일반적 주의 또는 합리성 기준을 채택한 반면, 다른 항소법원⁴⁷⁴⁾은 피해자가 부주의하게 속았거나 타인의 말을 쉽게 믿었더라도 곧바로 기망의 실질성이 부정되지 않는다고 판시한다.

다음으로 ② 행위자는 사기적 책략을 촉진하기 위한 목적으로 미국의 공공·민간에서 운영하는 우편이나 전신을 사용하거나 제3자에게 사용하게 하여야 한다. 다만 법원은 이 요건을 완화하여 우편이 사기적 책략의 실행과정이나 범행계획의 단계에서 단지 부수적으로 사용되어도 무방하고⁴⁷⁵⁾, 행위자가 일반적인 경우라면 우편이 사용될 수 있음을 인식했거나 합리적으로 예측되면 충분하다고 한다.

③ 사기적 책략의 목적은 속이는 것 또는 금전이나 재산의 취득으로서⁴⁷⁶⁾ 유체물 이외에 무체재산권도 재산에 포함되고⁴⁷⁷⁾ 책략의 성공여부나 실제로 이익취득의 결과가 발생했는가를 불문한다.⁴⁷⁸⁾

④ 범의에는 기망 자체에 대한 의도 및 본인에 대한 재산상 손해 야기의 의도가 요구된다.⁴⁷⁹⁾ 전자는 주로 거래상의 과장행위에서 문제되는 반면에 후자는 이사의 배임적 행위에 관련될 수 있는바, 판례는 행위자가 본인에게 재산적 손해를 가하거나 스스로 재산적 이익을 취하려는 목적으로 행동한 경우에 후자의 의도를 인정한다.⁴⁸⁰⁾ 만약 행위자 스스로

472) *Neder v. United States*, 527 U.S. 1, 25 (1999) (“we hold that materiality of falsehood is an element of the federal mail fraud, wire fraud, and bank fraud statutes.”).

473) *United States v. Brown*, 79 F.3d 1550, 1561(11th Cir. 1996); *United States v. Goodman*, 984 F.2d 235, 240(8th Cir. 1993).; 안병수, “미국의 M&A관련 화이트칼라 범죄연구”, 국외훈련검사 연구논문집(제26집), 2011, 326면 각주 250에서 재인용.

474) *United States v. Thomas*, 377 F.3d 232, 243(2d Cir. 2004); *United States v. Coffman*, 94 F.3d 330, 333(7th Cir. 1996); *United States v. Coyle*, 63 F.3d 1239, 1244(3d Cir. 1995); *United States v. Drake*, 932 F.2d 861, 864(10th Cir. 1991).; *United States v. Benson*, 548 F.2d 42, 46(2d Cir. 1977); *United States v. Pollack*, 534 F.2d 964, 971(D.C. Cir. 1976).; 안병수, “미국의 M&A관련 화이트칼라 범죄연구”, 국외훈련검사 연구논문집(제26집), 2011, 326면 각주 251 및 253에서 재인용.

475) *Schmuck v. United States*, 489 U.S. 705, 712 (1989) (quoting *Pereira v. United States*, 347 U.S. 1, 8 (1954)).

476) Congressional Research Service, *Mail and Wire Fraud*, 6면.

477) 위의 글. 6면.

478) *United States v. Williams*, 527 F.3d 1235, 1245(11th Cir. 2008).

479) Congressional Research Service, 위의 글, 7면.

480) *United States v. Faruki*, 803 F.3d 847, 853 (7th Cir. 2015) (“Intent to defraud requires a willful act by the defendant with the specific intent to deceive or cheat, usually for

기망수단인 거짓 등이 진실하다고 믿은 때에는 전자의 의도가 부정된다.⁴⁸¹⁾ 그러나 정확한 사실관계의 파악 없이 무모하게 행위로 나아갔거나 그 파악을 외면한 때에는 전자의 의도가 인정된다.⁴⁸²⁾ 특히 판례는 전자의 의도가 인정되지만 후자의 의도가 부정되는 때, 즉 행위자가 기망수단을 의도하면서도 궁극적으로는 본인이 이익을 얻거나 손해를 입지 않을 것으로 생각했다고 하더라도 고의가 인정됨에 아무런 영향이 없다고 하는바⁴⁸³⁾ 실질적으로 후자의 고의를 크게 완화한 것으로 평가할 수 있다.

이하 언급할 Honest Services Fraud 이론은 배임적 행위에 의해 정직한 용역을 제공받을 권리가 침해된다는 것을 요체로 한다. 이는 18 U.S.C. 1346에 의해 성문화되어 있다. 다만 그 구체적인 적용범위에 관하여는, 아래 살펴보듯 판례에 따라서 계속적인 변화가 있었다.

제2항 “Honest Services” 이론의 형성 및 전개

I. “Honest Services” 이론의 형성

1. Mail and Wire Fraud 객체의 확장

미국에서 우편사기죄가 제정된 것은 1872년의 일이다. 최초 입법 시에는 금지되는 행위(any scheme or artifice to defraud)만을 명시⁴⁸⁴⁾할 뿐 객

the purpose of getting financial gain for one's self or causing financial loss to another.”)(위의 글, 7면, 주 48에서 재인용).

481) United States v. Coughlin, 610 F.3d 89, 98 (D.C. Cir. 2010).

482) United States v. Lloyd, 807 F.3d 1128, 1163-64 (9th Cir. 2015) (“Proof that a defendant acted with reckless disregard as to the truth or falsity of material misrepresentations he may have made is inconsistent with good faith.”). United States v. Kennedy, 714 F.3d 951, 958 (6th Cir. 2013) (“[T]he belief or faith that a venture will eventually succeed no matter how impractical or visionary the venture may be is no defense to a charge of fraud”)(위의 글, 7면, 주 49 및 8면, 주50에서 재인용)..

483) United States v. Arif, 897 F.3d 1, 9 (1st Cir. 2018) (“[A] wire fraud defendant cannot ‘knowingly ... make false statements to secure money from clients’ even if he subjectively believes[s] that his enterprise will succeed.”); United States v. Chavis, 461 F.3d 1201, 1209 (10th Cir. 2006) (“A defendant’s honest belief that a venture will ultimately succeed does not constitute good faith if, in carrying out the plan, he knowingly uses false representations or pretenses with intent to deceive.”)(위의 글, 주 50에서 재인용)..

체에 대해서는 아무런 한정이 없었으나, 1909년 미래에 대한 거짓 약속도 처벌범위에 포함한 Durland판결을 반영하고자 위 문구 바로 뒤에 “or for obtaining money or property by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises.”를 추가한 것을 계기로, 객체가금전이나 유형의 재산으로 한정되는가가 논의되기 시작했다. 1952년 입법된 wire fraud는 이 문구를 그대로 계승하여 규정하였다. 이러한 입법연혁에 불구하고⁴⁸⁵⁾ 미국에서는 대체로 최초 입법자의 입법의도는 금전이나 재물에 대한 사기만을 고려했을 것이라는 주장이 강하였다.⁴⁸⁶⁾⁴⁸⁷⁾ 그러나 1970년대에 들어서면서 객체의 한정이 완화되는 경향을 보인다. 무체재산 즉 전화회사가 관리하는 고객의 개인정보⁴⁸⁸⁾에 대해 객체성이 인정되고, 성관계⁴⁸⁹⁾에 대해서까지 객체성이 인정되면서, Honest Services이론이 입론의 전제를 확보하기 시작했다.

2. “Honest Services” 이론의 출현

1980년을 전후하여⁴⁹⁰⁾ 연방 하급심은 금전 및 재산 이외에 무형의 권리에 대한 침해에 대해서 Mail and Wire Fraud를 본격적으로 적용했

484) McNally v. United States, 483 U.S. 350, 356 (1987); Skilling v. United States, 561 U.S. 358 (2010).

485) Congressional Research Service, *Bribery, Kickbacks, and Self-Dealing: An Overview of Honest Services Fraud and Issues for Congress*, R45479, 2019, 5면.

486) 위의 글, 6면 본문 및 주 43.

487) 후술할 McNally판결(McNally, 483 U.S. at 356)에서도 그와 같이 판시한다. 동 판결의 판시는 다음과 같다. “Insofar as the sparse legislative history reveals anything, it indicates that the original impetus behind the mail fraud statute was to protect the people from schemes to deprive them of their money or property.” 입법 당시의 입법 의도가 명확하게 규명되지 않고 그에 관한 여러 주장이 제시되는 것은 입법 시 이에 관하여 논의한 입법자료가 거의 없기 때문이다. Rakoff, “The Black Letter Law of White Collar Crime”, 779면 이하(오택림, “미국 연방법상 Mail and Wire Fraud에 관한 연구”, 법조 통권 제657호, 2011.6, 14면 각주 17에서 재인용)

488) United States v. Louderman, 576 F.2d 1383 (1978).

489) United States v. Condolon, 600 F.2d 7 (1979).

490) 이미 1970년대부터 “정직한 직무(Honest Services)” 이론에 의해 부패공무원을 fraud로 의율하였고 1980년대 초에 이르러 기업임원 등 사적 영역에 적용이 확장되었으며 1982년에는 미국의 모든 항소법원에서 Honest Services이론이 적용되었다는 설명도 있다. 오택림, “미국 연방법상 Mail and Wire Fraud에 관한 연구”, 법조 통권 제657호, 2011.6, 16면 각주 24 및 26에서 재인용.

고⁴⁹¹⁾ 마침내 “정직한 의무(Honest Service)”를 제공받을 무형의 권리에 대한 침탈을 동 죄로 의율하는 이른바 정직한 의무(Honest Service)이론에 따른 판례가 형성되기에 이르렀다.⁴⁹²⁾

초기에는 1975년 이른바 Bush판결⁴⁹³⁾을 비롯하여 의율사례 대부분이 공무수행시 사익을 추구한 공무원에 대한 것이었으나⁴⁹⁴⁾ 사적 영역에 그 적용이 확장되었다. 그에 따라 법원은 사기업 직원이 고용주에 대한 신인의무를 위반하거나, 또는 사기업 대표이사가 회사 및 주주들에 대한 신인의무를 위반한 경우에 성실한 업무를 제공받을 권리의 침해에 의해 Mail and Wire Fraud가 성립될 수 있다는 판례를 연달아 내어놓았다.

3. 적용사례

(1) Lemire판결

우선 사기업에서 고용주에 대한 신인의무 위반행위에 위 죄를 인정한 판결로는 1983년 Lemire판결을 들 수 있다. 동 판결은 사우디아라비아에 미군기지를 건설하는 기업체 R의 직원으로서 동사 직원들이 현지에서 사용하는 모듈형 직원주택의 조달 및 운송을 담당하는 Lemire가 R사에 대해 이해상충의 소지 있는 재산거래의 금지 및 이해상충 발생 시 R사에 보고할 의무를 수락하기로 서약했음에도 불구하고, 자신과 이해관계 있는 운송업체 I사와 R사의 사이에 모듈형주택 생산업체인 J사가 생산한 모듈주택을 사우디 현장으로 운송하는 내용의 운송계약을 체결하고 운송비를 과다 책정함으로써 I사로부터 리베이트를 지급받아 이익을 취득한 사안에 관한 것으로서, 이해충돌상황에 리베이트의 수수가 결합된 형태

491) United States v. McNeive, 536 F.2d 1245, 1249 (8th Cir. 1976) (무형의 권리나 이익(intangible rights or interests)의 침해에 대해 1341조의 우편사기죄를 적용하는 법원이 증가하고 있다고 판시); United States v. Silvano, 812 F.2d 754, 759 (1st Cir. 1987) (최소 4곳의 다른 항소법원에서 시민들의 무형의 권리에 대한 침해에 우편사기죄를 적용한다고 판시).

492) Congressional Research Service, 앞의 글, 6면.

493) United States v. Bush, 522 F.2d 641, 647-48 (7th Cir. 1975); 시카고시 홍보국장인 행위자가 자신이 이해관계를 갖는 업체가 시카고시 공항의 광고입찰 건에 참여하여 낙찰받는 과정에서 그러한 사실을 은닉하여 광고계약이 체결된 사안에서, 법원은 행위자의 행위에 의해 시카고 시민들의 정직한 의무를 제공받을 권리 등이 침해되었음을 이유로 행위자에게 동 죄의 유죄를 선고했다.

494) Congressional Research Service, 앞의 글, 6면.

이었다. 항소법원은 동 판결에서 고용주는 직원으로부터 그의 충실의무에 대응하여 충실한 역무를 향유할 가치가 있음을 전제하고, 직원에게 이해충돌 상황이 발생할 경우 그가 고용주에게 손해를 발생시킬 행위로 나아갈 유인이 창출되기 때문에 이해충돌의 금지가 정당화된다고 하면서, 모든 이해충돌 상황의 은폐가 우편사기죄로 의율되지는 않지만 직원이 이해충돌 상황을 은폐함으로써 회사에 별도의 구체적인 사업상의 리스크, 즉 구체적 손해발생의 가능성이 합리적으로 예견될 수 있음을 인식하면서 이익충돌 은폐로 나아간 때에는 회사로부터 ‘정직한 서비스를 받을 권리’를 박탈했음을 이유로 우편사기죄가 성립할 수 있다고 판시하였다.⁴⁹⁵⁾ 동 판결은 이러한 신인의무는 주법이나 연방법에 근거할 필요가 없고 고용관계 자체의 본질에서 도출되는 것으로, 피고용자에게 재량이 부여되고 결과적으로 충실의무 등의 의무가 부과되는 종류의 고용관계의 경우에 그러한 의무가 인정될 수 있다고 판시하였다.⁴⁹⁶⁾

(2) Siegel판결

다음으로 회사의 이사가 회사 및 주주들에 대한 관계에서 부담하는 신인의무의 위반행위에 대한 판결로는 1983년 Siegel판결을 들 수 있다.⁴⁹⁷⁾ 이 판결의 사안은 장난감 및 게임기 제조 회사인 M사의 이사회 의장 Abrams 및 부사장 Siegel이, 하자반품 또는 재고정리 대상품을 은밀하게 현금을 받고 매각하여 비자금을 조성, 이를 금융기관에 예치하지 않은 채 회사 금고 등에 보관하면서 사적으로 소비하거나 고객에 대한 불법 현금제공 또는 노조에 대한 뇌물로 지출했다는 것이었다. Abrams 및 Siegel은 그 과정에서 현금판매를 M사 장부에 기재하지 않고 감사에게 기재누락된 자산이 없다고 허위로 고지했으며, 주주에게 이에 관한 정보

495) United States v. Lemire, 720 F.2d 1327, 1335-1338 (D.C. Cir. 1983).

496) Lemire 판결은 고용관계의 성질상 신인의무가 인정될 수 있음을 설시한 선례로서 아래 판결들을 들고 있다. ; United States v. Ballard, 663 F.2d 534 (5th Cir. Unit B 1981); United States v. Von Barta, 635 F.2d 999, 1005 (2d Cir. 1980), cert. denied, 450 U.S. 998, 101 S.Ct. 1703, 68 L.Ed.2d 199 (1981); United States v. Bohonus, 628 F.2d 1167, 1172 (9th Cir.), cert. denied, 447 U.S. 928, 100 S.Ct. 3026, 65 L.Ed.2d 1122 (1980); United States v. Reece, 614 F.2d 1259, 1261 (10th Cir. 1980); United States v. Bryza, 522 F.2d 414, 422 (7th Cir. 1975), cert. denied, 426 U.S. 912, 96 S.Ct. 2237, 48 L.Ed.2d 837 (1976).

497) United States v. Siegel, 717 F.2d 9 (2nd Cir. 1983).

도 제공하지 않았다. 게다가 M사에는 재고관리 시스템도 전혀 확립되어 있지 않았다. 9년여 간 범행이 계속된 상태에서 이러한 사실이 M사에 부임한 회계사에 의해 발견되어 기소되었다. 법원은 M사의 이사회 의장 및 부사장으로서 각 종사하는 행위자들은 M사 및 주주들에 대한 관계에서 회사의 이익을 위해 최선을 다하고 주요정보를 공개해야 할 이사의 신인의무가 있는바, 그에 위반하여 M사 자금을 회사와 무관한 목적으로 유용함에 따라 회사 및 주주의 권리가 침해되었음을 들어 우편사기죄의 유죄를 선고하였다.

이 판결의 다수의견은 기술한 Lemire판결에서처럼, 이사의 회사 및 주주에 대한 일체의 신인의무 위반이 곧바로 우편사기죄로 처벌되지는 않는다고 하면서도, 은닉에 의해 본인에 손해가 야기될 수 있는 중요정보 은폐에 대해서는 우편사기죄가 성립할 수 있음을 전제하여 사안에서 9년간 최소 100,000\$을 넘는 현금판매액 정보를 회사와 주주에 대해서 은폐한 것은 중요정보 은폐로서 우편사기죄가 성립한다고 판시하였다.⁴⁹⁸⁾⁴⁹⁹⁾

이처럼 동 이론이 사적 영역에의 확장은 위 사례들과 같은 리베이트나 뇌물수수가 수반한 사안이 중심이 되었지만, 점차 정치적 권리에 대한 침해까지도 Fraud 의율⁵⁰⁰⁾을 가능하게 하는 등, McNally판결 이전까지 지속적으로 그 적용범위를 확장하였다.

II. 연방대법원에 의한 제한 : McNally 판결

그런데 미연방대법원은 1987년의 McNally판결⁵⁰¹⁾에서 Honest Services

498) United States v. Siegel, 717 F.2d 15 (2nd Cir. 1983).

499) 그러나 1인의 별개의견(법관 Winter)은 다수의견에 반대한다. 미국에서 이사의 회사에 대한 신인의무는 보통 각 주 회사법에 의해 부과되고 이것은 계약상 의무이며, 우편사기죄의 문언과 입법연혁 어디에서도 동 죄가 주법이 규정한 이사의 회사에 대한 신인의무를 강화하는 수단으로 사용될 것을 의도했다는 단서를 찾을 수 없고, 기업 지배 규율에서 주법과 연방법의 관계는 해명되지 않은 논란의 대상임에도 다수의견에는 주법에 대한 고려가 없어 연방과 주의 관계에 문제를 발생한다는 것이다. 또한 다수의견이 실시한 “회사의 이익을 위해 최선을 다할 의무” 관념의 유연성이 무한한 확장가능성을 내포함에도, 구체적 사안에서 피고인의 불법의 중대성에 가려진 것이 문제임을 지적한다. United States v. Siegel, 717 F.2d 24(2nd Cir. 1983).

500) United States v. Girdner, 754 F.2d 877, 880 (10th Cir. 1985)(부채자투표 부정선거에 대해 무형의 권리인 선거권자의 정치적 권리의 편취를 이유로 유죄판결한 사안).

Fraud 이론의 적용범위 확장을 정면으로 제한하였다. 이 판결의 사안에서 켄터키주 민주당 의장이었던 행위자는 주에서 체결하는 보험계약의 보험회사를 결정할 사실상 권한을 보유하고었는데, 기존 보험계약을 유지하여 주는 대가로서 보험회사로부터 동 사가 주로부터 지급받은 보험료의 일부를 제3자인 McNally가 운영하는 회사를 통해서 리베이트로 수령하고 이를 개인적인 용도로 사용하였다.

제1심과 항소심은, 행위자가 그의 공무상 권한을 사적 이익을 위해 남용함으로써 켄터키주 시민들로부터 ‘정직하고 공정한 정부를 가질 무형의 권리(intangible rights to honest and impartial government)’를 편취하였음을 인정하여 Mail Fraud의 유죄를 선고했다.

그러나 연방대법원은 Mail Fraud규정의 문언과 그 입법연혁을 종합할 때 동 죄의 적용범위는 오직 ‘재산권(property rights)’ 침해에 한정되며, 그 외의 권리침해는 동 죄에 포섭될 수 없으므로 그 처벌은 별도의 입법에 의해야 한다고 판시하였다. 즉 문언상 재산권 외 공정한 정부를 가질 권리라는 무형의 권리에 대해서는 전혀 언급이 없고, 재산권을 보호하고자 하는 것이 최초 입법시의 의도이며, 1909년 개정의 계기인 Durland판결 역시 무형의 권리의 객체성 여부와 아무런 관련이 없다는 것이다. 만약 그럼에도 Mail Fraud의 적용범위를 다른 무형의 권리침해에 확대하면 적용영역의 외적 경계를 모호하게 하여 불명확성에 따른 헌법적 문제를 발생할 수 있으므로, 결국 의회가 달리 법령을 제정하지 않는 한 그와 같이 해석할 수 없음을 명언했다.

III. 성문화 : 18 USC 1346의 제정

McNally판결에 의해 재산권 외 권리침해에 대한 Mail Fraud의 적용이 막을 내리는 듯 했으나, 의회의 신속한 대응에 의해 상황이 반전되었다. 의회는 McNally판결이 선고된 바로 다음 해에 동 판결의 주문에 따라 18 USC에 Mail Fraud의 범위에 타인의 정직한 용역에 대한 무형의 권리의 침해도 포함됨을 명시한 18 USC 1346을 입법하였다. 동 조의 입법과정에서는 이 조항이 McNally판결을 번복하기 위한 것이며, McNally판결

501) McNally v. United States, 483 U.S. 350, 352-360 (1987).

이전의 Mail and wire fraud에 관한 모든 판례들을 변경 없이 복원하려는 것임이 명언되고 있다.⁵⁰²⁾ 다만 동 조는 ‘정직한 용역’에 대한 무형의 권리만을 명시하는데 그치고 기존 판례가 무형의 권리로 판시한 것에는 정직한 용역에 대한 권리 외에 정치적 권리나 프라이버시권 등 다양한 무형의 권리가 있으므로, 1346조가 입법의도처럼 McNally판결 이전의 모든 판례를 복원할 수 있는가에 대해서는 의문의 여지가 있다.⁵⁰³⁾

제3항 “Honest Services Fraud”의 적용례

I. 서설

기술하였듯 주식회사에서 주주 및 회사가 이사에 대하여 갖는 ‘정직한 용역’에 대한 권리 및 그 침해시 Mail and wire fraud의 성립가능성은 이미 McNally판결 이전의 판례에 의해서 승인된 바 있고, 18 USC 1346조에 의해 성문화된 후에는 더욱 활발히 적용되었다.

그러나 연방대법원이 2010년 Skilling판결을 선고, ‘정직한 용역’에 대한 권리의 침해는 뇌물이나 리베이트가 개재된 경우만 인정될 수 있고 단순히 충실의무를 다하지 못했거나 이익충돌 거래의 은닉만으로는 성립할 수 없다고 하여 18 USC 1346조의 적용범위를 제한함으로써, 배임적 행위에 대한 Mail and wire fraud의 적용은 다시금 새로운 국면을 맞이하고 있다. 이에 이사의 배임행위에 대한 Mail and wire fraud의 적용은 Skilling판결 선고 이전과 이후로 나누어 검토하여 볼 수 있다.

II. Skilling판결 이전 : 이사의 이익충돌, 뇌물제공, 리베이트수수

18 USC 1346조 제정 후, 연방 하급심은 공적 영역과 사적 영역 모두에 대해서 Honest Services에 대한 침탈을 다시금 Mail and wire fraud로 의율하였다. 공적 영역에서 뇌물의 수수가 전형적 사례군을 형성하였고, 사적 영역의 경우 리베이트 수수가 전형적 사례군을 형성하였다. 더하여 행위자가 사적 이익을 초래할 수 있는 이해상충 상황을 은폐하는 경우가 공·사적 영역 모두에서 또 다른 전형적 사례군을 형성하였다. 그러나

502) Congressional Research Service, 앞의 글, 8면 본문 및 주63-64.

503) Congressional Research Service, 앞의 글, 8면.

Honest Service의 적용은 반드시 이러한 사례에 제한되지 않았으며, 신인의무가 문제될 수 있는 다종다양한 사례에서 1346조 의율이 실행되었다.

1998년의 Sun-Diamond사건⁵⁰⁴⁾에서는, 회사의 파트너에 의한 불법적 정당기부금 지출행위와 관련하여 파트너에게 동 죄의 성립이 문제되었다. 사안에서 광고홍보회사 R의 창립자인 Lake는 오랜 고객인 Sun-Diamond사의 거래감독 업무를 맡고 있는 Douglas로부터, 그와 친분이 있는 농무부장관 Mike Espy의 형인 Henry Espy가 선거에 낙선한 후 선거운동을 위해 차용한 채무 일부의 해결을 위하여 R의 직원들로 하여금 개인 자격으로 정치자금 5,000\$을 Henry Espy에게 각 기부하게 하고 Sun-Diamond사가 최종적으로 그 금액을 부담하는 방법으로 기부를 진행할 것을 요청받았다. 이에 Lake는 연방법상 기부금 상한인 인당 1,000\$의 수표를 R의 직원들에게 발행하게 하고, R사가 매월 Sun-Diamond사로부터 정산하여 지급받는 필요비에 허위의 저녁식사비용을 계상하여 청구하는 수법으로 이를 Sun-Diamond사로부터 R사로 지급받았다. Lake는 이와 같이 R사가 회수한 자금을 다시 직원들에게 돌려주기 위해 가공의 증빙서류를 작성, 직원들에게 인당 각 1,000\$을 반환하였다. 그러나 R사가 지급받은 자금을 직원들에게 허위의 증빙에 의거하여 돌려준 부분이 발각되어 사건 전체가 드러나 우편사기죄로 기소되었다.

법원은 Lemire판결 실시등을 인용하여, 회사에 대한 일체의 신인의무 위반이 처벌되지는 않지만 그것이 회사에 중대한 손해를 초래하는 경우에는 본 죄가 성립함을 전제하면서, R사의 공개된 파트너인 Lake의 불법 정치자금 기부로 인하여 정당성과 신용이 생명인 광고홍보사 R사의 평판에 중대한 손해가 발생하였음을 인정하여, Lake에게 18 USC 1346조에 의한 우편사기죄 성립을 긍정하였다.⁵⁰⁵⁾

이 판결은 본인에 대한 ‘중대한 손해’의 발생을 처벌을 긍정하는 이유로 실시하지만, 실제로는 오히려 ‘평판’이라는 비재산적 불이익의 발생을 신인의무 위반에 중요하게 고려하였다고 보인다. 그 점에서 판결이 처벌의 요건으로 제시한 중대한 손해는 실제로 이 사안에서 형사처벌의 제한에 별다른 기능을 수행하지 않는 것으로 평가할 수 있다.

504) U.S.S.V. Sun-Diamond Growers of California, 138 F. 3d 961 (D.C. Cir., 1998).

505) U.S.S.V. Sun-Diamond Growers of California, 138 F. 3d 973 (D.C. Cir., 1998).

2001년의 Vinyard사건⁵⁰⁶⁾에서는, 회사의 이사에 의한 자기거래 은폐 행위가 정면으로 문제되었다. 이 사건에서는 플라스틱 비닐백 제조업체 S사의 이사인 J. Vinyard가, S사가 향후 재활용 소재의 사용을 원하면서도 이러한 사실이 경쟁업체 및 소비자에게 알려지는 것을 꺼려하여 회사와 독립된 제3자를 통해서 재활용 소재의 연구 및 구입까지 해결하려는 계획을 수립한 상황에서 이 업무를 맡고 있던 차에, 형인 M. Vinyard와 함께 C사를 설립, C사로 하여금 이를 수행하게 하기로 하고 S사에 대해 일체의 사실을 감춘 상태에서 S사와 C사간에 계약을 체결한 후, C사가 독립된 제3자라고 믿고 있는 S사로부터 약 7년간 1천2백만\$ 이상을 받은 것의 우편사기죄 성부가 문제되었다.

법원은 사적 영역에서도 고용자와 피고용자 간 신인의무가 인정될 수 있고⁵⁰⁷⁾ 피고용자가 신인의무 위반행위로 인해 고용자에게 중대한 손해가 발생할 수 있음을 합리적으로 예견할 수 있었던 경우에는(reasonably foreseeable harm test) 실제 손해발생을 불문하고 우편사기죄가 성립할 수 있다고 하면서,⁵⁰⁸⁾ J. Vinyard가 S사에 대해 모든 사실을 감추고 C사를 설립, 거래함으로써 신인의무를 위반하고, S사는 C사에 지불한 금액의 객관적 적정성에 관계 없이 다른 상대방과의 교섭 및 최저가격추구 기회를 갖지 못했으므로 1346조에 의한 우편사기죄가 성립한다고 판시했다. 고용관계에서 이해충돌 은폐는 전형적인 사례이나, 객관적 요소(중대한 손해)와 주관적 요소(합리적 예견) 병용을 통해서 가별성을 제한하려고 시도한 점에 특색이 있다.

2003년의 Villanueva Madrid사건⁵⁰⁹⁾에서는, 고객으로부터 수탁받은 자산을 담보로 대출을 받아 거액의 주식투자를 행한 신탁회사 이사의 행위에 대해 동 죄의 성립이 문제되었다. 사안은 B 신탁회사의 부사장이자 고객 서비스담당이사인 S. Aubuchon이 LB사의 투자중개인인 C. Marquez과 공모하여, B회사가 고객으로부터 수탁받아 관리하는 신탁자산을 담보로 제

506) United States v. Vinyard, 266 F. 3d 320 (4th Cir. 2001).

507) 논거로서 United States v. Martin, 228 F.3d 1, 17 (1st Cir. 2000)판결을 원용한다.
United States v. Vinyard, 266 F. 3d 327 (4th Cir. 2001).

508) United States v. Vinyard, 266 F. 3d 328 (4th Cir. 2001).

509) United States v. Villanueva Madrid, 302 F. Supp. 2d 187 (S.D.N.Y. 2003).

3자로부터 B회사 및 Aubuchon의 개인명으로 수십만 달러를 대출받아 이를 Aubuchon과 Marquez가 함께 주식에 투자하였다는 것이다. 이러한 사실은 B회사의 고객에게 전혀 공개되지 않았고, 대출 상환 후 \$129,000을 넘는 초과수익이 발생함으로써 고객 자산에는 손해가 발생하지 않았다.

법원은 신탁회사 이사인 피고인은 고객의 최선의 이익을 위해 노력할 의무를 부담함에도 불구하고 불법적인 사적 이익을 위해 직업적 관계를 이용했고, 또한 고객에 대해서 중요사실 일체 및 제반상황을 공개할 의무를 부담함에도 고액대출 및 그를 위한 담보제공, 투자의 전 과정에서 어떤 사항도 공개된바 없으므로, 단순한 신인관계 위반을 넘어 1346조의 우편사기죄가 성립한다고 판시하였다.

이 사례 역시 고용관계에서 은폐된 사익추구의 전형적 사례로 보인다. 그러나 앞선 판결과 달리 중대한 손해 같은 결과불법과 무관하게, 사적인 이익을 위해서 지위를 이용했다는 행위불법에 주목한 점이 특색이다. 이와 같은 이해는 이윤적 범죄인 우리 형법상 횡령죄 및 배임죄의 행위불법과도 맥락이 닿을 수 있는 것이다.

Ⅲ. 가별성의 한계 논의

1. 서설

18 USC 1346의 적극적인 의율의 반작용으로 과도한 의율을 경계하는 목소리가 나타났고, 어떤 경우에 본인이 행위자에 대하여 정직한 용역을 받을 권리를 보유하고 침해되는가의 문제가 논의되기 시작했다.⁵¹⁰⁾ 이는 한편으로 18 USC 1346 적용의 전제인 신인의무 개념의 광범위성 문제이면서, 다른 한편으로는 연방법인 우편사기죄의 적극 적용이 주에 대한 연방의 개입으로 관념될 수 있는 점에서 연방주의의 문제이기도 하였다. 결국 법원은 18 USC 1346의 의율에 일정한 제한을 요한다는 일반론에 공감하기 시작했다.⁵¹¹⁾ 공적인 영역은 물론 사적 영역에서도 계약이나 의무의 위반, 이해충돌이 있을 때 무조건 동 조에 저촉되는 것이 아님은

510) 이것은 이론적으로 동 죄의 성립을 주체나 행위의 제한을 통해서 해결하려 한 것으로 평가될 수 있다.

511) Congressional Research Service, 앞의 글, 9면.

공감을 형성하기에 이르렀으나, 가벌성의 한계의 실질 및 범위를 어떻게 설정할 것인가가 문제되었다. 이하에서 보듯 하급심에서 다양한 한계의 입론이 시도되었으나 결국 하나의 결론으로 귀결되지는 못하였다.

2. 한계의 유형

(1) 주법 위반 또는 사기적 책략의 요구

하급심의 일부 판례⁵¹²⁾는 우편사기죄 적용을 위해서 행위자에게 주법 위반행위 또는 그러한 여지 있는 행위를 수반하는 사기적 책략에의 관여가 요구된다고 판시하였다. 그러나 다른 판례는 18 USC 1346의 입법 연혁이나 의도에서 Honest Services의 의율을 주법위반 사례에 국한하는 단서를 발견할 수 없다⁵¹³⁾거나, 연방법이 규정한 mail fraud조항 하에서는 신인의무의 존부 역시 연방법이 규율할 사항⁵¹⁴⁾임을 이유로 그러한 한계 기준을 채택하지 않았다.

(2) 실질성 테스트

이것은 행위자의 사기적 책략을 전제로, 그 책략이 향후 본인의 행동의 기본방향을 변경하도록 영향을 끼치거나 끼칠 수 있는 실질을 갖는가

512) United States v. Brumley, 116 F.3d 728, 734 (5th Cir. 1997). 동 판결은 판시를 통해, 우편사기죄로 의율되는 (정직한 용역을 제공받을 권리에 대응하는) 의무위반의 정의를 연방법원의 법관이 임의로 판단하는 경우에는, 주의 시민에 대해서 연방차원의 무분별한 형벌부과가 자행될 수 있음을 우려한다. Congressional Research Service, 앞의 글, 9면 각주 75 및 76에서 재인용.

513) United States v. Weyhrauch, 548 F.3d 1237, 1245-46 (9th Cir. 2008) (“We also cannot find any basis in the text or legislative history of §1346 revealing that Congress intended to condition the meaning of ‘honest services’ on state law.”) 다만 이 판결은 561 U.S. 476 (2010) 에 의해 파기환송되었다.; 또한 honest services mail fraud의 유죄선고에는 주법위반이 요구되지 않는다는 것으로, United States v. Walker, 490 F.3d 1282, 1299 (11th Cir. 2007). Congressional Research Service, 앞의 글, 9면 각주 77에서 재인용.

514) United States v. Frost, 125 F.3d 346, 366 (6th Cir. 1997)(“Federal law governs the existence of fiduciary duty under the mail fraud statute.”); Congressional Research Service, 앞의 글, 9면 각주 77에서 재인용. 한편 주법 위반 여부를 신인의무의 한계로 고려하는가 문제와 관계없이 고의인정의 증거로 할 수 있다는 판례로, United States v. Woodward, 149 F.3d 46, 62 (1st Cir. 1998) 참조(본인에 대해 부담하는 재정적 이익 보고의무의 위반을 고의 인정의 증거로 한 사안). Congressional Research Service, 앞의 글, 10면. 각주 77에서 재인용.

를 기준으로 한다.⁵¹⁵⁾ 그러나 이에 대해서는 본인이 사소한 사기에 과도하게 반응하는 경우에 부당하다는 비판이 제기되었고,⁵¹⁶⁾ 큰 호응을 이끌어내지는 못하였다.

(3) 예측가능한 손해(reasonably foreseeable harm test)

신인의무 위반의 가벌성이 인정되려면 신인의무 위반의 결과 본인에게 손해가 발생할 수 있다는 점에 대한 행위자의 예견이 요구된다는 입론이다. 그 적용범위는 사적 영역에 한정되는 경향을 보였는데⁵¹⁷⁾ 특히 사적 고용관계의 경우 (본인의 손해발생 없이도 신인의무 위반이 인정되는) 공적 관계와 달리 신인의무가 완화된다는 점을 이유로 들었다. 일부 판례는 손해의 중대성을 추가로 요구⁵¹⁸⁾하기도 하였다. 그러나 이러한 입론은 단지 18 USC 1346의 적용범위 축소라는 목적 외에 특별한 논거를 찾기 어렵다는 점이 지적되어 널리 확산되지는 못하였다.⁵¹⁹⁾ 그 외 우리 배임죄와 유사한 입론으로서, 신인의무에 위반하여 취득한 행위자의 이익의 출처가 본인의 손해인 때에만 처벌가능하다는 입론 역시 다른 판례에서 배척된바 있다.⁵²⁰⁾

(4) 사적 이익 추구를 위한 지위남용

이것은 제7순회법원에 의해 설치된 것으로서, 연방법에 의한 실질적 커먼로범죄 창설 및 연방검사의 과잉수사를 방지하려면 행위자가 사적 이익을 위해 지위를 남용하였을 것이 요구함으로써 적용범위를 제한하여야 한다는 내용이다.⁵²¹⁾ 그러나 이에 대해서도 단지 편의상의 제한일 뿐

515) United States v. Cochran, 109 F.3d 660, 667 n.3 (10th Cir. 1997)(위의 글, 11면 각주 87에서 재인용).

516) Vinyard, 266 F.3d 328.; Frost, 125 F.3d 368-369.

517) United States v. Frost, 125 F.3d 346, 366 (6th Cir. 1997)(foreseeable economic harm standard might not be needed in cases involving public officials); United States v. Vinyard, 266 F.3d 320, 327 (4th Cir. 2001) (considering “the reach of the honest services doctrine in the private employment context” and applying foreseeable harm test).

518) United States v. Frost, 125 F.3d 346, 366 (6th Cir. 1997).

519) 이러한 판례로 United States v. Rybicki, 354 F.3d at 146.

520) United States v. Black, 530 F.3d 596, 600 (7th Cir. 2008)(위의 글, 10면 각주 85에서 재인용).

521) Sorich, 523 F.3d at 707-08; (위의 글, 11면 및 각주 91에서 재인용).

이라는 비판 및 법문의 모호한 기준을 또다른 모호한 기준으로 대체하는 것에 불과하다는 비판,⁵²²⁾ 18 USC 1346의 문언 및 구조에 반하는 요건을 해석을 통해 추가한 것으로 실질상 법관에 의한 입법이라는 비판⁵²³⁾이 제기되었다.

그 밖에 다른 판례는 1346조의 요건, 특히 고의 요건의 엄격한 해석을 통한 적용범위의 한정⁵²⁴⁾을 시도하기도 하였다. 일부 판례는 상기 판례들에서 지적된 기준의 충족이 동 죄의 고의를 강화하는 요소로 작용할 수 있다고 판시한 것도 보인다.⁵²⁵⁾

IV. Skilling판결 이후 : 이익충돌 사례에 대한 적용제한

1. 2010년 Skilling판결 선고

honest services fraud의 광범위한 적용에 한계를 설정하려 한 하급심의 노력이 연방대법원에 확대될 조짐은 이미 2009년에 나타나고 있었다. 2009년 Scalia대법관은 18 USC 1346 위반을 이유로 연방 항소법원에서 유죄를 선고받은 피고인의 상고허가신청에 대해 연방대법원이 상고불허가결정을 내린 사안에서, honest services의 사례들에서 가별적인 신인의 무 위반과 그 외의 단순한 위반 사이를 경계짓는 일관된 한계원칙의 결여는 지역 공직자와 주 의원, 기업 CEO들의 단순 비윤리적 행위에 대해서까지 검찰의 과도한 처벌경쟁을 초래했다고 하여, 상고불허가결정에 대한 반대의견을 설시하였다.⁵²⁶⁾

그리고 바로 이듬해인 2010년에, 연방대법원은 18 USC 1346 위반으로 유죄가 인정된 3개의 판결에 대해 제기된 항소를 허가했는데, 그 중의

522) United States v. Panarella, 277 F.3d 678, 692 (3d Cir. 2002)(위의 글, 11면 및 각주 93에서 재인용).

523) United States v. Welch, 327 F.3d 1081, 1107 (10th Cir. 2003)(위의 글, 11면 및 각주 94에서 재인용).

524) United States v. Inzunza, 580 F.3d 894, 905 (9th Cir. 2009)(위의 글, 11면 및 각주 95에서 재인용).

525) 예컨대 본인에게 발생한 실질적이고 예견된 손해는 동 죄의 고의를 추론하게 하는 정황증거(circumstantial evidence)라고 판시한다. United States v. Welch, 327 F.3d 1081, 1105 (10th Cir. 2003)(위의 글, 11면 및 각주 96에서 재인용).

526) Sorich v. United States, 555 U.S. 1204, 129 S.Ct. 1308, 1309-10 (2009).

하나가 바로 Skilling판결의 원심이였다. Enron사의 CEO였던 Jeffrey Skilling은 엔론의 단기적 주가부양을 위해서 재무현황을 조작하고 회사 실적에 관하여 거짓과 허위 진술을 만드는 것에 의해 회사와 주주로부터 공정한 서비스를 받을 권리를 편취하였음을 이유로 전신사기죄로 기소되었다. 제1심에서 유죄가 인정되었고 항소법원(제5순회재판소) 역시 회사의 이익을 위한 행위로서 자기거래가 아니므로 1346조에 의해 금지되지 않는다는 Skilling의 항변을 배척하고 그의 유죄를 유지하였다. 그러자 Skilling은 다시 대법원에 18 USC 1346이 ‘모호하여 위헌’임을 주장하며 연방대법원에 상고하였다.

연방대법원은 동 조항이 갖는 언어의 폭에 의할 때 헌법상 적법절차의 저촉, 즉 ‘모호하여 위헌’의 문제가 야기될 수 있다는 상고인 주장을 긍정했다. 그러나 동 조가 회복될 수 없을 정도로 모호하여 위헌이라는 주장은 배척하였다. 연방대법원은 위헌성 문제를 회피하기 위해서 축소 해석을 개진하였는데, 그것은 법원은 McNally판결 이전 honest services에 관한 판결들을 조사한 결과 도출된 이하 결론을 바탕으로 하였다.

(1) honest services의 유형 중 자기거래나 이해충돌의 범주는 정형성이 결여되어 있고, 하급심 역시 어떤 행위유형이 충족되었는가에 대하여 합의에 이르지 못하고 있다. 따라서 대법원은 위 판결의 각주를 통해서, 자기거래나 이해충돌의 범주를 범죄화하기 위해서는 적법절차 문제를 극복하기 위한 충분한 명확성 및 특정성을 갖춘 기준을 채택하여야 할 것이라고 판결하였다. 법원의 시각에서는 자기거래나 이해충돌 사례의 처벌은 ① 이해충돌이 얼마나 중대하여야 하는가 및 ② 행위가 이익을 추구하여야 하는 정도 ③ 범죄성립을 부정하기 위한 공개로 인정되기 위해서는 누구에게 어떤 정보를 제공하여야 하는가 등, 해결되지 않은 많은 문제들을 남길 것이라고 판시하였다.⁵²⁷⁾

(2) 그러나 그러한 비밀관성에도 불구하고 사례에서 동 이론이 갖는 견고한 핵심은, 뇌물이나 리베이트 수수에 관여함으로써 신인의무를 위반한 행위자가 관여하고 있는 점이다. 따라서 법원은 1346조를 오직 이런 핵심영역인 뇌물과 리베이트 수수가 있는 경우로 한정 해석한다고 하였

527) Scalia대법관은 동 판결의 별개의견에서 18 USC 1346을 모호하여 위헌으로 보았으며, 법원의 제한해석은 그의 우려를 불식하기에 충분하지 않다고 판시하였다.

다.⁵²⁸⁾

2. 이후의 전개

Skilling판결 이후 연방 하급심에서는 ① Skilling판결 이전에 Honest Services Fraud의 성립범위 제한을 위해 판시된 각종 한계원칙의 유효성, ② 신인의무의 근거와 범위 ③ 뇌물과 리베이트의 정의 등이 논의된다.

(1) 한계원칙의 유효성

우선 한계원칙과 관련하여 Skilling판결이 리베이트나 뇌물수수행위의 처벌에 주목한 것은, 하급심판결들이 제시한 제한원칙 중 제7순회재판부가 실시한 “사적 이익 추구를 위한 지위남용”에 가장 가깝다고 평가될 수 있다. 이것은 적어도 기본구조 차원에서는 우리 배임죄와 같이 이익의 취득을 요구하는 이득죄로 이해한 것으로 생각된다. 다만 구체적인 규율범위는 이익취득 중 리베이트와 뇌물에 의한 경우만을 규율함으로써, 고의 등 주관적 측면이 아닌 객관적인 행위 측면에서 형법적 불법이 명백한 경우에만 한정적으로 성립하는 이득죄로 관념하였다고 할 수 있다. 한편 연방대법원은 Honest Services Fraud의 목적이 부패의 규율에 있다는 점 자체를 부정하지 않았기 때문에, 과거 하급심에서 실시되었던 제한원칙 중 “예측가능한 손해” 등 재산상의 손해에 관련된 원칙들은 사실상 부정되었다고 볼 여지가 있다. 한편 신인의무 위반을 위해서 주범 위반이 인정되어야 한다는 원리 역시 채택되지 않은 것으로 보인다.

(2) 신인의무의 근거와 범위

다음으로 신인의무의 근거 및 범위에 관하여, 항소심은 2011년 이후에도 Honest Services Fraud의 성립에 신인의무 위반이 요구됨을 승인한다.

528) 뇌물과 리베이트에 관한 정확한 정의에 관하여, 법원은 현존하는 기존 연방 뇌물수수법령들 및 제41장에 포함된 리베이트의 정의를 인용하였다. 법원은 적용범위를 그와 같이 축소하더라도 1346조가 불필요하게 되지 않을 것이라고 하였다. 예컨대 연방대법원은 제201조를 예로 들면서, 연방법의 주요한 뇌물조항인 201조는 연방공무원에게만 적용되는바, 1346조가 주와 지방부패 및 사적 영역의 fraud로서 동 죄에 의하지 않으면 처벌의 공백이 있을 수 있는 범죄들에 적용된다고 하였다.

다만 동 의무의 존재와 위반에 대해서는 ① 신인의무가 발생 될 수 있는 관계는 어떤 유형의 관계인가 ② 무엇을 법적 근거로 구체적 의무가 도출되는가 ③ 위반시 범죄로 되는 신인의무 범위를 어떻게 확정하는가 문제되고 있다.

①에 관하여, 일부 항소법원은 수탁자가 신탁자의 이익을 위해 행동하고, 신탁자가 통상적으로 수행하는 보호 등의 완화를 유도하는 비공식적 신뢰 관계를 포함할 수 있다고 판시⁵²⁹⁾하는 반면, 이에 대해 반대하는 법원⁵³⁰⁾도 있다.

다음으로 ②에 관하여도 아직 판단이 통일되어 있지 않다. 크게 1) 주, 연방법 및 관습법 등 다양한 근거를 종합하여 도출하는 입장 2) 주법에 근거하는 입장 3) 연방법에 근거하는 입장의 세 가지 일반적 견해가 제시되고 있다.⁵³¹⁾ 일부 판례는 신인의무가 존재하는 관계의 유형만 판단하고 구체적 의무의 근거를 판단하지 않아 ①,②를 구별하지 않기도 한다.⁵³²⁾ 한편 3)의 연방법에 근거하는 입장도 (연방)법의 ‘원칙’을 포함하고 있어 위 1) 과의 구별이 반드시 명확하지 않다는 점이 지적되는 등, 신인의무를 발생시키는 관계의 유형과 의무 도출의 법적 근거는 여전히 명확하게 해명되지 않은 상태이다.⁵³³⁾

③ 위반시 형사처벌이 긍정되는 신인의무 확정에 관해서도 일단 뇌물과 리베이트 수수 사례에서 고용관계가 인정되는 경우에는 신인의무 위반이 명백하다고 하나, 그 밖의 경우 기준이 아직 확립되어 있지 않다.

2011년이후 의회에서는 honest services fraud의 요건을 다시 확대하기 위한 입법⁵³⁴⁾이 고려되기도 하였으나, 입법으로 실현되지는 않았다.

529) Milovanovic, 678 F.3d at 724. “one party acts for the benefit of another and induces the trusting party to relax the care and vigilance which it would ordinarily exercise.”

530) Evans, 2015 WL 1808904; Congressional Research Service, 앞의 글, 17면에서 재인용.

531) United States v. Smith, 985 F. Supp. 2d 547, 597-98 (S.D.N.Y. 2014); 위의 글, 18면에서 재인용.

532) United States v. Nouri, 711 F.3d 129, 137 n.1 (2d Cir. 2013) (rejecting challenge to jury instruction on fiduciary duty as “meritless,” because existence of employment relationship made fiduciary duty indisputable). 위의 글에서 재인용.

533) 위의 글.

534) 예를 들어, 상원과 하원은 제112회기 의회에서, 과거 뇌물 및 리베이트 수수 외에 대표적인 처벌사례였던 이익충돌 은폐를 공적 영역에 한하여 honest services fraud의 처벌범위에 다시 포함하는 법안들을 논의하였다. 각 법안의 원문은 다음과 같다.

제4항 검토

지금까지 살펴본 검토사항은 아래와 같이 요약될 수 있다.

첫째, 미국의 경우 과거 배임적 재산침해나 이득행위만을 처벌 대상으로 하는 별도의 조항이 없었으나, 우편 또는 전신사기죄(mail & wire fraud)에 관하여 판례에 의해 이른바 honest service fraud 법리가 형성되면서 우편 또는 전신사기죄에 의해 배임적 행위유형이 규율되었다. 동 법리는 신인의무가 인정되는 법률관계를 대상으로 적용영역을 점차 확장하였고, 18 USC 1346에 우편사기죄의 하위조항으로 명문화됨으로써 skilling판결 선고 이전까지 이사 등의 배임적 행위에 활발하게 적용되었다. 특히 이사의 이익충돌행위를 규율대상에 포함한 것은, 이득죄로서 불법적인 재산상 이익의 취득행위를 전형적 규율대상으로 하는 우리 배임죄와 유사한 측면이 있다.

둘째, 이러한 활발한 적용에 대한 반작용으로, 연방 하급심에서는 18 USC 1346의 포괄성에 의한 적용범위 확장을 제한하려는 방안이 널리 논의되었다. 여기에는 주범위반 등 요구를 통한 제한, 예측가능한 손해의 요구를 통한 제한, 사익취득을 위한 지위남용 요구를 통한 제한, 고의를

“The term ‘undisclosed self-dealing’ means that – (A) a public official performs an official act for the purpose, in whole or in material part, of furthering or benefitting a financial interest, of which the public official has knowledge, of – (i) the public official; (ii) the spouse or minor child of a public official; (iii) a general business partner of the public official; (iv) a business or organization in which the public official is serving as an employee, officer, director, trustee, or general partner; (v) an individual, business, or organization with whom the public official is negotiating for, or has any arrangement concerning, prospective employment or financial compensation; or (vi) an individual, business, or organization from whom the public official has received any thing or things of value, otherwise than as provided by law for the proper discharge of official duty, or by rule or regulation.”

“The term ‘undisclosed self-dealing’ means that . . . (B) the public official knowingly falsifies, conceals, or covers up material information that is required to be disclosed by any Federal, State, or local statute, rule, regulation, or charter applicable to the public official, or the knowing failure of the public official to disclose material information in a manner that is required by any Federal, State, or local statute, rule, regulation, or charter applicable to the public official.”

통한 제한 등이 있었다. 특히 지위남용에 의한 사익취득의 요구라는 제한은 우리 배임죄의 규정과 유사한 방식이라는 점에서 주목된다. 이것은 우리 배임죄가 갖는 포괄성이 상대적으로 높지 않다는 점을 간취할 수 있는 부분이다. skilling판결 역시 비록 그 처벌범위는 크게 협소하나 불법의 실질은 객관적인 이익취득에 의한 제한에 의하였다고 할 수 있고, 이는 기본적으로 우리 배임죄가 취한 방식과 동일한 것이다.

셋째, 18 USC 1346의 적용범위를 제한한 2010년 연방대법원의 skilling판결 선고에 따라 이사의 배임행위 처벌이 실질적으로 뇌물이나 리베이트 수수사례에 국한됨으로써, 이사의 배임적 행위에 대한 18 USC 1346의율은 다소 소강상태 국면에 진입하고 있다. Honest Services Fraud법리 전체를 놓고 보면 연방국가인 미국의 법체계나 절차가 우리와 크게 달라 우리 배임죄 구성요건의 해석에 관하여 직접적인 시사점은 제한적일 수 있다.

다만 2010년의 연방대법원 판결이 Honest Services Fraud의 처벌범위 제한의 요체를 고의의 제한이 아닌 객관적 성립범위의 축소, 그리고 정형성을 갖는 이익취득행위라는 행위정형에 맡긴 점은, 우리 형법상 배임죄의 가벌성 제한문제에서 임무위배행위와 고의 간 역할분담 문제, 그리고 배임죄의 임무위배행위 판단기준의 구축 필요성에 대해서 일단의 시사점을 제공한다.

제3장 우리 배임죄의 임무위배행위에 관한 논의

제1절 우리 배임죄 및 특별배임죄의 형성과정

제1항 배임죄의 형성

1. 개정형법가안 및 정부초안에서의 변화

1953년 시행된 우리 제정형법의 입법에 일본개정형법가안이 큰 영향을 끼친 것은 주지의 사실이다. 해방이후에도 일본법 적용을 벗어나지 못한 상태에서 우리말 법전의 편찬은 가장 시급한 과제이었고, 그 중에서도 일제 압제의 도구이자 상징이기도 한 의용형법 등 형사법령에서 그 필요성이 가장 절박하였다.⁵³⁵⁾ 미군정하인 1947년 7월 이미 법제편찬위원회⁵³⁶⁾가 구성되는등 서둘러 법전편찬 작업에 착수했지만 빠르게 진척되지 못했다. 제정형법 입법의 전과정을 주도한 효당 엄상섭 선생은 형법 정부초안의 기초인 형법요강에 대한 해설에서 다음과 같이 서술하여, 면밀한 입법의 깊은 연구를 제쳐두고라도 우리말 법전의 시급함을 강조하고 있다.

“우리 정부가 수립된 것은 한없이 기쁜 일이지마는, 신생 정부하에서도 오히려 왜어(倭語)로 된 육법전서로부터 해방되지 못할 것을 생각하니 법률가로서 끝없는 우울을 느끼지 않을 수 없다. 하루바삐 민·형·상·민소 및 형소의 5법만일지라도 우리말로 제정하여서 그를 운용하게 되었다면 얼마나 즐거운 일인가?.....국회에서 충분한 검토를 하려면 수개월이 걸릴 것이 분명하오니 우선 가통과(假通過)의 형식으로 의결하여서 왜어로 된 법률로부터 국민을 해방시켜 달라는 것이다. 물론 법안 기초자도 완전한 입법의 깊은 연구는 후일로 미룰 수밖에 없을 것이

535) 신동운, “효당 엄상섭 형법논집 해제”, 효당 엄상섭 형법논집(신동운·허일태 편), 서울대학교출판부, 2003, 317면.

536) 1947. 6. 30 남조선과도정부 행정명령 제3호에 의해 법전기초위원회가 설치되었으며 동 위원회는 당시 법제편찬위원회로 통칭되었다. 법전편찬 및 제정형법의 성립경위에 대한 세부내용은 신동운, “제정형법의 성립경위”, 형사법연구 통권 제20호, 한국형사법학회, 2003. 1, 9-52면 및 효당학인, “법전편찬에 대하여”, 효당 엄상섭 형사소송법논집(신동운·허일태 편), 서울대학교출판부, 2005, 53-61면 각 참조.

다.” 537)

이러한 제약적 조건⁵³⁸⁾하에서 우리 입법자는 특정 입법례를 대본으로 삼아 수정 및 첨삭을 가하는 방식으로 우리말 법전을 신속하게 편찬하기로 결단하였고 그에 따라 형법을 비롯한 모든 기본법 분야의 법전편찬이 본격적으로 진행되었다. 형법에서는 정부초안의 기초로서 1940년 공표된⁵³⁹⁾ 일본 개정형법가안이 선택되었다. 그러나 우리 입법자는 결코 일본 개정형법가안을 무비판적으로 수용하는 데 그치지 않고 정부초안 및 법제사법위원회 수정안을 거치면서 필요한 곳곳에서 수정을 가하였다. 배임죄 조문 역시 개정형법가안의 그것을 수정한 형태로 입법되었는바 양 조문을 대비하여 보면 아래와 같다.

개정형법가안	정부초안(법전편찬위원회안)
<p>제442조 ① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 물건을 횡령한 때 또는 상당한 이유 없이 그 물건의 반환을 거부하여 본인에게 재산상의 손해를 가한 때에는 5년 이하의 징역 또는 5천엔 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>② 타인의 사무를 처리하는 자가, 자기 또는 제3자의 이익을 도모하여, 그 임무에 위반한 행위를 하여, 본인에게 손해를 가하고, 재산상 불법한 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 한 때에도 또한 전항과 같다.</p>	<p>제355조(제380조) 타인의 재물을 보관하는 자[,] 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>타인의 사무를 처리하는 자, 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득케 하여 본인에게 손해를 가한 때에도 전항의 형과 같다.</p>

자구수정을 제외하고 양자 간 결정적으로 다른 점은, 이익취득을 가해보다 전치시키고 이익도모 요건을 삭제한 점이다.⁵⁴⁰⁾ 그렇다면 이러한

537) 원문은 엄상섭, “형법요강해설(1)”, 법정(法政) 제3권 제9호(통권 제23호), 1948. 9, 18~19면 및 제3권 제10호(통권 제24호), 1948. 10, 13~14면에 수록되었으며, 신동운·허일태 편, 효당 엄상섭 형법논집, 서울대학교출판부, 2003, 45면 이하에 재수록되어 있다. 위 본문은 신동운·허일태 편, 효당 엄상섭 형법논집, 45~46면에서 인용.

538) 위의 책, 46면.

539) 다만 공표된 내용은 초안의 조문에 한하였다.

수정의 의미가 무엇인지 문제된다. 다른 입법자료로부터 확인하는 것이 가장 확실할 것이나, 법전편찬위원회 심의경과를 알 수 있는 입법자료가 한국전쟁을 거치면서 소실 또는 산일되었고 법사위수정안에 대한 국회 본회의에서의 제안 및 내용설명 시 배임죄에 대한 별도의 언급이 없기 때문에 이러한 수정의 취지를 추적할 수 있는 자료는 효당 임상섭의 ‘형법요강 해설’이 거의 유일하다.⁵⁴¹⁾ 여기서 배임죄의 입법요강에 관하여는 아래와 같이 언급되어 있다.

“24. 배임죄를 ‘횡령죄’의 장 하로 옮길 것

‘배임죄’와 ‘횡령죄’와의 관계는 현행 [의용]형법 제246조 제1항 소정의 사기죄와 제2항 소정의 사기이득죄와의 관계와 동일하다는 것이 통설로 되어 있기 때문이다.”⁵⁴²⁾

간략한 언급이기 때문에 구체적으로 어떤 뜻이 담겨 있는가를 명확하게 읽어내는 것은 쉽지 않다. 이러한 설명은 개정형법가안의 입법자에 의한 배임죄 설명⁵⁴³⁾과 다름없는 것이기도 하다. 그러나 기술한 배임죄 조문의 변화와 위 언급을 종합하면 다음과 같은 세 가지 사항이 간취될 수 있다.

첫째, 의용형법 제246조 제1항과 제2항의 각 사기죄는 객체에 의해 구별된다. 동조 제1항은 재물에 대한 사기죄, 제2항은 재산상 이익에 대한 사기죄를 각 규정하는바, 재산상 이익은 재물 외에 일체의 재산적 이익을 의미한다고 해석된다. 그 외에 행위로서 기망행위를, 결과로서 피해

540) 그 외에 가안의 ‘재산상 불법한 이익’ 표지에서 ‘불법한’ 표지가 삭제된 점도 다르다. 배임죄로 취득한 이익은 이미 그 자체로 불법하다고 할 수 있으므로 정부초안에서는 이를 불필요하다고 보아 삭제하였을 것으로 추측된다(신동운, “횡령죄와 배임죄의 관계”, 326면). 따라서 다른 변화에 비해서 그 의미의 중요성은 상대적으로 크지 않다고 판단된다.

541) 신동운, “횡령 후의 횡령죄 성립 여부”, 308-309면. 법전편찬위원회 초안 및 정부초안, 법사위수정안에 대한 국회 본회의에서의 제안 및 내용설명이 기재된 속기록은 신동운 편, 형사법령제정자료집(1) 형법, 한국형사정책연구원, 1990, 15면 이하와 159면 이하 및 신동운 편, 형법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원, 2009, 34면 이하와 112면 이하를 참조.

542) 신동운·허일태 편, 앞의 책, 46면.

543) 牧野英一, “背任罪の本質”, 刑法研究 第9卷, 有斐閣, 1940, 411면. 원문은 다음과 같다. “背任罪に關する第二百四十七條の規定は横領罪に關する第二百五十二條の規定に對し, 恰も, 詐欺罪に關する第二百四十六條の第二項がその第一項に對するが如き關係に在るのである.”.

자의 처분(재물교부, 재산상 이익의 이전)을 요구하는 점은 제1항과 제2항 간에 차이가 없다.⁵⁴⁴⁾ 따라서 우리 형법의 입법자는 횡령죄와 배임죄는 재산의 영득이나 이전에 의한 신뢰침해를 요하는 점에서 본질상 공통되고, 다만 객체가 재물인가 재산상 이익인가에 의해 구별된다는 점을 상기 요강해설에 밝힌 것으로 생각된다.⁵⁴⁵⁾

둘째, 일본형법 제246조 제1항은 타인의 재물을 불법하게 영득함으로써 이익을 취하는 사기죄를, 제2항은 타인의 재산상 이익을 불법하게 이전받음으로써 이익을 취하는 사기죄를 내용으로 하는바⁵⁴⁶⁾ 이를 횡령죄와 배임죄의 관계에 적용하면 횡령죄는 행위자가 관리하는 타인의 재물을 영득함으로써, 배임죄는 행위자가 관리하는 타인의 재산상 이익을 이전하여 취득함으로써 성립하는 범죄이다. 다만 모든 범죄는 피해자의 법익침해를 전제하고 재산범은 재산상 손해발생을 요한다는 관점에서 볼 때 횡령죄의 경우 재물의 유체성에 따른 ‘존재의 유일성’ 때문에 타인재물의 영득 자체가 그 타인의 손해로 귀결되어 손해의 발생이 명백⁵⁴⁷⁾한 반면에, 배임죄의 경우에는 그것이 명확하지 않을 수 있으므로 재산상 손해 발생을 요건으로 명시하였다고 추측할 수 있다.

셋째, 우리 입법자는 이익도모 목적 요건의 삭제로 인하여 자칫 배임죄의 이득죄적 성격이 배제 또는 희석되었다고 오해될 여지를 차단하고

544) 오늘날에도 이러한 설명은 다르지 않다. 대표적으로 山口厚, 刑法各論(第2版), 有斐閣, 246-247면.

545) 그 논리적 귀결로서 횡령죄와 배임죄의 관계에 관한 현재 일본의 논의, 즉 횡령죄가 배임죄에 대해서 특별관계에 있다는 해석은 우리 배임죄의 구조에 반하여 채택하기 어렵다. 신동운, “횡령죄와 배임죄의 관계”, 315면 이하.

546) 예컨대 大場茂馬, 刑法各論(上卷), 1909, 545-549면은 사기취재죄와 사기이득죄의 공통의 성립요건으로 ‘행위자가 불법하게 이익을 취득할 의사’를 들면서, 단순히 타인에게 손해를 가할 목적으로써 타인을 기망하여 재산상 불이익한 처분을 하게 하더라도 사기죄가 성립하지 않는다고 기술한다. 이러한 기술은 독일형법 제263조의 사기죄 성립요건인 “자기 또는 타인에게 위법한 재산적 이익을 얻게 할 목적”과 동일한 것으로 당시의 해석론이 이미 독일형법의 영향하에 있었음을 보여주며, 이에 의할 때 제1항의 재물사기죄는 타인의 소유권을 침해하는 영득죄(Zueignungsdelikt)적 성격에 더하여, 적극적으로 이익을 취득한다는 의미의 이득죄(Bereicherungsdelikt)적 성격도 있다고 한다. 松宮孝明, “詐欺罪における不法領得の意思について”, 立命館法學 2003年 6号(292号), 308-310면.

547) 일본에서 사기취재죄에 대한 이러한 설명으로 山口厚, “財産上の利益について”, 植村立郎判事退官記念論文集 現代刑事法の諸問題 第1卷, 立花書房, 2011, 131면.

이득죄로서의 성격을 강조하기 위해서 재산상 손해 및 이익취득 요건에 관한 개정형법가안의 규정순서를 바꾸어, 재산상 이익취득을 손해발생보다 전치시키기로 결단하였다는 추측이 가능하다.⁵⁴⁸⁾

II. 특정경제범죄 가중처벌등에 관한 법률

특정경제범죄 가중처벌등에 관한 법률(이하 ‘특경가법’) 제3조 제1항은 사기죄, 공갈죄, (업무상) 횡령죄, (업무상) 배임죄의 기수범에 대해서 범인 또는 제3자가 취득한 재물 또는 재산상 이익의 가액, 즉 이득액에 따라 형을 단계적으로 가중하도록 규정한다. 이러한 입법은 독일이나 일본 등 다른 나라에는 찾아볼 수 없는 우리나라 특유의 입법례이다. 동법의 제정절차, 체계나 과잉형벌화에 대해서는 비판적인 시각⁵⁴⁹⁾도 적지 않으나, 우리 배임죄는 독일, 일본 등과 달리 이익의 취득이 객관적 구성요건인 이득죄라는 점에서 배임죄를 사기죄, 공갈죄 등과 같은 평면에서 규율하는 동법의 태도는 입법자가 설정한 배임죄의 본질에 부합하는 것으로 생각된다. 특경가법은 1983.12 제정되어 이제 시행된 지 거의 40년에 가깝게 되었으며, 이로써 독일과 일본에서 계수된 배임죄의 법리는 한국 특유의 형태로 변용되어 확고하게 정착되었다고 할 수 있다.

특경가법상 배임죄의 핵심은 ‘이득액’을 통하여 가중처벌된다는 점에 있다. 이득액을 객관적 구성요건으로 규정한 우리 배임죄에서는, 이득액은 단순한 양형상 지표에 그치지 않고 배임죄의 결과반가치를 구성한다. ⁵⁵⁰⁾대법원 역시 전원합의체 판결⁵⁵¹⁾을 통하여 특경가법위반죄의 이

548) 일본형법의 입법과정에서도 배임죄의 이윤범적 이해를 바탕으로, 목적요건에 관하여 이익도도와 가해목적의 순서변경(가해도리목적에서 도리가해목적으로)이 단행된 바 있다. 이에 대해서는 관련 부분에 상술한다.

549) 제정절차에 관한 비판으로 손동권, 형사특별법 정비방안 (4) 특정경제범죄 가중처벌등에 관한 법률, 한국형사정책연구원, 2006, 105면; 체계에 관한 비판으로 안경욱, “특정경제범죄가중처벌등에관한법률의 정비방안”, 형사정책 제17권 제2호, 2005.12, 15면 및 손동권, 앞의 논문 106면.

550) 이득은 본인의 손해에서 비롯된 것이어야 한다. 우리 배임죄가 ‘재산이동범죄’이기 때문이다. 상세는 이주원, “특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)죄에서 이득액 개념의 합리적 재해석”, 인권과정의 통권 436호, 2013. 9, 54-59면 참조.

551) 대법원 2007. 4. 19. 선고 2005도7288 전원합의체 판결.

득액 표지가 구성요건요소라고 판시함으로써 이 점을 명확하게 확인하고 있다.

이득액에 의한 가중처벌에 대해서는 기준점을 전후하여 발생하는 현저한 형량차이의 부당성, 특정 양형인자만의 강조 문제, 물가변동 문제 등을 들어 비판하는 견해도 제시된다.⁵⁵²⁾ 그러나 행위반가치와 결과반가치는 불법을 구성하는 양대 요소이므로 행위반가치 가중을 이유로 한 가중처벌이 허용되듯 결과반가치 가중을 이유로 한 가중처벌도 허용되며, 재산범에서 손해액은 결과반가치의 핵심적 요소이고⁵⁵³⁾, 재산이동범죄인 우리 배임죄의 이익취득은 손해에서 기인한 것이어야 하므로⁵⁵⁴⁾ 이득액을 기준으로 한 가중처벌의 이론적 타당성이 긍정될 수 있다고 본다.

요컨대 우리 입법자는 배임죄를 이득죄로 정한 형법 및 취득한 이익의 크기로 배임죄를 가중처벌하는 특경가법을 통해서 두 번이나 거듭하여⁵⁵⁵⁾ 배임죄의 결과로서 ‘이익’ 취득 표지를 강조하고 있으며, 대법원도 특경가법의 이득액 요건이 구성요건요소임을 명언하여 이를 뒷받침하고 있다. 이것은 우리 배임죄의 결정적인 특성이기 때문에 그 해석에 반드시 고려되어야 한다. 이를 적극적으로 활용함으로써 독일 및 일본보다 가벌성을 크게 제한하는 실익을 얻을 수 있다.⁵⁵⁶⁾

제2항 특별배임죄의 형성

김병로 위원장을 중심으로 한 법전편찬위원회는 상법전 입법을 위해서 상법 분야를 총칙·상행위, 수표, 해상, 보험·회사의 네 편으로 구분하고 각 분야에 기초위원을 임명하였다. 그 중에서 보험·회사편을 맡은 법무부 조사국장 홍진기는 ‘법정’지에 기고한 “새 회사법의 요강해설”⁵⁵⁷⁾에서 아래와 같이 언급한다.

552) 안경옥, 앞의 글, 15면 이하; 특정범죄가중처벌등에 관한 법률에서 이를 지적하는 견해로 오영근, “특정범죄가중처벌등에 관한 법률 폐지의 당위성”, 형사정책 제17권 제2호, 2005, 43면 이하.

553) 한상훈, 형법 및 형사특별법상 재산범죄 가중처벌규정의 문제점과 개선방안, 형사법연구 제26호, 한국형사법학회, 2006년 겨울, 154면; 손동권, 앞의 글, 149면.

554) 이주원, 앞의 글(주 550), 54-59면 참조.

555) 신동운, 앞의 글(주 545), 332면.

556) 위의 글, 335면 참조.

“우리는 우리 법전을 하루빨리 편찬하여야 하겠다는 시급성이 최고이념이라고 여긴다. 이리하여 손쉽게 빨리 성취하기 위하여는 현재의 일본법전을 토대로 하고 이것을 번역하는 정도라도 속히 기초하자는 실천방침이 법전편찬위원회에서 결정되었다. 일본회사법⁵⁵⁸⁾은 다른 법역의 회사법보다 특이한 점이 하나 있다. 그것은 일본회사법이 세계의 회사법 중에서도 최신 입법의 하나라는 점이다...(중략)...그러나 그렇다고 해서 우리는 일본회사법을 그대로 추수하기만 [하면] 되는 것은 아니다.” ⁵⁵⁹⁾

법전편찬위원회는 1949년 2월 4일 상법 정부초안의 기초에 착수하였다. 착수 4개월여만에 6·25한국전쟁이 발발하는 등 과정이 순탄치 않았으나, 1957년 11월 21일 전문 1,016조 및 부칙 47조의 상법 정부초안 기초가 완료되어 이듬해 3월 정부로 이송되었고 별다른 수정 없이 1960년 1월 최종 정부초안으로 국회에 제출되었다. 그러나 심의에 착수하지 못한 채 군사정부 출범에 따른 국회해산으로 자동 폐기되었다. 우여곡절 끝에⁵⁶⁰⁾ 국가재건최고회의 법제사법위원회에서 상법안심의회소위원회를 구성하여 1961년 9월부터 폐기된 위안의 심의에 착수했고, 3개월여간 49회의 회의를 거쳐 1961년 12월 29일 전문 874조와 부칙 12개조의 수정안이 작성되어 이것이 상법으로 의결되었다. 이 과정에서 특별배임죄에 관하여 특별한 변화는 없었다. 결국 일본상법의 특별배임죄가 일본형법의 배임죄와 동일한 구성요건에 법정형만 가중한 것과 마찬가지로, 제정상법의 특별배임죄 역시 우리 형법의 배임죄와 동일한 구성요건에 법정형만 가중(징역형의 상한을 형법의 업무상배임죄와 같은 10년으로 규정)하여 입법되었다. 현행 일본회사법과 우리 상법의 특별배임죄를 도표로 비교하면 아래와 같다.

557) 홍진기, “새 회사법의 요강해설”, 법정 제11호, 1948. 11, 13-14면.

558) 1938년(昭和13년) 법률 제72호 상법중 개정법률로서 개정된 상법 제2편 회사 및 같은해 법률 제74호로 성립된 유한회사법과 그 부속법령을 가리킨다.

559) 임흥근 편, “한국상법전 50년사”, 법문사, 2013, 56면에서 인용.

560) 1961년 7월 시행된 구법령정리에 관한 특별조치법은 구법령 정비시한을 그 해 연말로 규정하고 정비되지 않은 일제의 잔존법령은 1962년 1월 20일자로 효력을 상실하게 하였는바, 상법의 입법이 가장 시급한 과제로 되었다. 위의 책 참조.

일본회사법 제960조 ⁵⁶¹⁾	현행 상법 제622조
<p>제960조 다음에 기재한 자가 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적 혹은 주식회사에 손해를 가할 목적으로 그 임무에 위배한 행위를 하여 그 주식회사에 재산상의 손해를 가한 때에는 10년이하의 징역 또는 천만엔 이하의 벌금에 처하거나 그것을 병과한다.</p> <p>1. 발기인 2. 설립시 이사 또는 설립시 감사 3. 이사, 회계참여, 감사 또는 집행임원</p>	<p>제622조(발기인, 이사 기타의 임원등의 특별배임죄) ①회사의 발기인, 업무집행사원, 이사, 집행임원, 감사위원회 위원, 감사 또는 제386조제2항, 제407조제1항, 제415조 또는 제567조의 직무대행자, 지배인 기타 회사영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인이 그 임무에 위배한 행위로써 재산상의 이익을 취하거나 제삼자로 하여금 이익을 취득하게 하여 회사에 손해를 가한 때에는 10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 1984. 4. 10., 1995. 12. 29., 1999. 12. 31., 2011. 4. 14.></p>

제3항 검토

I. 우리 배임죄의 특징

우리 형법의 배임죄는 기본적으로 개정형법가안의 그것을 수용하면서도 부분적인 수정을 가한 형태로 입법되어 있다. 따라서 ① 개정형법가안의 배임죄가 일본 형법의 그것과 다른 부분 및 ② 우리 배임죄의 입법시에 가안에 수정을 가한 부분으로부터 우리 배임죄의 특징이 간취될 수 있다.

첫째, 일본의 배임죄는 행위자의 임무위배행위로 인해서 본인에게 손

561) 원문은 아래와 같다.

第九百六十条 次に掲げる者が、自己若しくは第三者の利益を図り又は株式会社に損害を加える目的で、その任務に背く行為をし、当該株式会社に財産上の損害を加えたときは、十年以下の懲役若しくは千万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

一 発起人

二 設立時取締役又は設立時監査役

三 取締役、会計参与、監査役又は執行役 (이하 생략)

해를 발생시키는 것을 객관적 구성요건으로, 고의 이외에 사익도모나 본인가해의 목적을 주관적 구성요건으로 하는 범죄로서, 순수한 가해범죄인 배임죄와 이욕범 성격을 갖는 배임죄를 모두 포함하고 있다. 반면에 개정형법가안에서 배임죄는 순수 가해범인 배임죄를 배제하고 객관적 요건인 재산상 이익취득과 주관적 요건인 이익도모의 목적을 함께 요구함으로써, 배임죄를 이득죄인 동시에 가장 강한 형태의 이욕범죄로 이해한다. 또한 횡령죄와 배임죄를 별도의 장에 규정한 일본 형법과 달리, 가안은 횡령죄와 배임죄를 같은 조문의 별항으로 규정한다. 이것은 양 죄를 동일한 성질의 범죄로 보고 객체에 의해서 구별하려는 입법적 구상에 따른 것이다. 이러한 개정형법가안의 특성은 우리 형법의 배임죄에도 반영된다.

둘째, 우리 형법의 입법자는 가안이 정한 ‘목적’ 요건을 삭제함으로써 가안에 비해서 주관적 요건의 정도를 완화하고 있다. 따라서 배임죄에서 이익취득에 대한 내심의 태도는 목적이라는 강력한 형태일 필요가 없고, (미필적 고의를 포함하는) 인식과 의사로서 충족된다. 한편 일본의 배임죄에서 명문규정상 사익추구(도리) ‘목적’이 요구됨에도 그 실질적 의미는 고의와 유사한 정도로 현저히 약화되는 경향을 보이고, 같은 경향이 프랑스 회사재산남용죄에 대한 파기원 판례에서도 나타나고 있음⁵⁶²⁾은 앞서 본 것과 같다.

셋째, 우리 입법자는 재산상 이익 취득을 손해발생보다 전치시킴으로써 배임죄가 이득죄임을 강조하고 배임죄의 불법이 본인에게 손해를 발생시키는 사무처리자의 이익취득에 있음을 분명히 하고 있다. 손해를 요건에 명시한 이유에 대해서는 배임죄를 횡령죄와 같은 성질의 범죄로 관념한 입법자의 구상으로부터 다음과 같은 추측이 가능하다. 즉 횡령죄의 경우 영득대상인 재물의 존재의 유체성 및 유일성으로 인해 재물영득 자체로 손해발생이 명백한 반면, 배임죄의 경우 그렇지 않기 때문에 손해발생을 명문으로 요구하고, 이로써 재산적 법익의 침해라는 재산범죄의 성격을 분명히 한 것으로 생각된다.

562) 회사재산남용죄에서 사익추구 요건은 회석되어 있고, 그것이 행위관련 요건이라는 견해도 유력하게 주장된다. B. Boulloc, 앞의 글, 단락 101-104.

넷째, 배임죄를 이득죄로 관념한 입법자의 태도는 미수처벌규정과 결합함으로써 배임죄에 사기이득죄와 마찬가지로 재산상 이익의 이전을 요하는 ‘재산이동범죄(Vermögensverschiebungsdelikt)’의 성격을 부여한다. 독일에서는 사기죄와 달리 재산이동범죄가 아닌 배임죄에 관하여 구성요건에서 재산상 이익의 취득이 요구되지 않음에 따라 규율범위가 현저히 확대되고 미수범처벌규정도 두지 못하게 되는 결과가 초래되었음이 지적된다.⁵⁶³⁾ 이것을 역으로 음미하면, 재산이동범죄로서 이익취득을 요구할 때 규율범위가 상대적으로 축소되고 미수범도 인정될 수 있다는 것이다. 곧 우리 배임죄가 갖는 특색의 핵심이기도 하다. 우리 입법자가 배임죄를 사기이득죄에 비교하여 설명하였던 해안은 바로 여기에 있었던 것으로 추측된다.

II. 임무위배행위 해석에의 고려사항

임무위배행위 판단을 비롯한 배임죄구성요건의 해석 및 적용에는 상기한 우리 배임죄의 특색들이 반영되어야 한다.

우선 우리 배임죄는 횡령죄와 본질이 동일하고 객체만을 달리하는 범죄이기 때문에⁵⁶⁴⁾, 그 행위정형인 임무위배행위는 가해범죄인 독일 배임죄의 객관적 구성요건과는 다소 다른 의미를 갖게 된다. 즉 우리 배임죄의 구성요건표지인 ‘이익’의 취득은, 단순히 배임죄의 가벌성을 결과측면에서 제한하는 의미에 그치지 않고, 횡령죄의 행위태양인 ‘영득행위’에 대응하는 차원에서 배임죄의 행위불법에 연관될 수 있음을 의미한다.⁵⁶⁵⁾ 따라서 임무위배행위는 이익을 취득하게 할 수 있는 행위이어야 하고 이러한 성격이 임무위배행위의 판단기준에 고려될 필요가 있다.

다음으로 일본과 달리 목적을 요구하지 않는 우리 배임죄에서 오직 주관적 구성요건에 가벌성 제한을 위한 필터기능을 내맡기는 것은 충분하

563) W. Perron, “Probleme und Perspektiven des Untreuetatbestandes”, GA 2009, 231면.

564) 신동운, 앞의 글(주 545), 337면.

565) 횡령죄의 행위태양인 횡령행위에 대응되는 의미에서 이른바 ‘이득행위’로 표현할 수 있을 것이다. 이와 달리 객체에 의한 구별에 반대하는 견해로는 임정호, “배임죄에서 임무위배행위에 관한 연구”, 연세대학교 법학박사학위논문, 2008, 102-111면.

다고 보기 어렵다. 고의를 목적의 정도로 강화하는 제안이 있을 수 있으나, 이는 우리 입법자가 목적요건을 삭제한 것과 조화되기 어렵다.⁵⁶⁶⁾

일본에서는 목적요건의 필터기능 약화가, 목적을 판단하는 자료와 객관적 요건을 판단하는 자료가 겹치는 점과 연관하여 지적된다. 주관적 요건을 판단하는 자료인 객관적 사정들이 이미 객관적 요건에서 판단될 수 있다면, 객관적 요건에서 판단함이 구성요건의 체계상 바람직하다. 이것은 객관적 구성요건이 포괄성을 띠는 경우에는 다른 장점도 있다. 행위정형의 포괄성이 판례를 통해 구체화됨으로써 해소될 것이기 때문이다. 한편 손해와 이득개념 역시 배임죄에서 중요한 필터기능을 수행할 수 있지만, 미수범처벌규정이 있는 우리 배임죄에서는 손해나 이득의 결여가 가벌성의 종국적 소멸을 의미할 수 없다. 이익을 취득하지 못하였거나 손해가 발생하지 않았더라도 임무위배행위가 인정되는 한 미수처벌이 긍정되기 때문이다. 결국 우리 배임죄의 구조상 임무위배행위 요건의 필터기능이 중요하며, 이를 강화하는 것은 불법의 정형화기능을 각칙의 객관적 구성요건에 맡기는 형법의 일반이론에도 부합한다.

임무위배행위의 해석에 고려되어야 할 또다른 중요한 사항은 ‘특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ (이하 특경가법으로 약칭함)의 존재이다. 특경가법에서 일정한 이득액을 기준으로 사기, 공갈, 횡령, 배임의 죄를 처벌하는 것은 우리나라에 특유한 입법이다.⁵⁶⁷⁾ 동 법은 배임죄를 사기, 공갈과 동일하게 이득죄로 규율하고, 특히 대법원은 특경가법의 ‘이득액’ 표지를 단순한 양형요소가 아닌 구성요건요소로 해석함으로써 배임죄에도 동 판례법리가 적용되고 있다. 이와 같은 특경가법 조항 및 이득액을 구성요건요소로 본 대법원의 판례는, 우리 배임죄의 이익취득요건이 갖는 체계적 특징에 주목했다고 할 수 있다.⁵⁶⁸⁾ 이것은 독일과 일본 형법의 영향을 받은 배임죄가, 무려 30년이상 시행되어 우리사회의 정의관념을 형성할 정도에 이른, 특경가법이라는 지극히 ‘한국적인 특례

566) 송옥렬, “이사의 민사책임과 형사책임의 판단기준”, 상사판례연구 6, 2006, 89, 99면 역시 같은 점을 지적한다.

567) 신동운, “횡령 후의 횡령죄 성립 여부”, 295면.

568) 따라서 이득액 산정이 극히 중요하다. 이상원, 앞의 글(주 1), 173-201면 및 “횡령죄의 이득액과 가벌적 후행행위(하)”, 저스티스 통권 제132호, 2012. 10, 229-258면.

장치' 및 관련 대법원 판결에 의해 '한국적으로 변용'⁵⁶⁹⁾ 되었음을 의미하는바, 우리 배임죄의 임무위배행위 해석에 있어서는 '이익취득' 행위의 측면을 고려하지 않을 수 없다고 할 것이다.

이하에서는 이제까지 검토한 사항을 바탕으로 배임죄의 본질과 보호법의 등에 관한 기존 논의를 살펴보고, 우리 배임죄의 특징이라는 관점에서 음미하여 보기로 한다.

제2절 배임죄의 본질과 보호법의

제1항 배임죄의 본질

I. 통설 : 배신설

우리 배임죄가 임무위배를 요건으로 규정한 것에 일본의 영향, 보다 근본적으로는 일본에 영향을 끼친 독일로부터의 영향이 큰 점을 부정할 수 없다. 특히 일본 개정형법가안의 성안과정에서 독일형법의 영향은 컸다. 따라서, 독일에서 과거에 전개되었던 배임죄의 본질에 관한 논의는 우리나라에서도 배임죄에 관한 본격적 논의에 들어가는 출발점이 되어왔다. 이에 관하여는 배신설, 권한남용설 및 사무처리의무위반설 등이 논의되어 왔고, 그 양상은 독일 및 일본에서 전개된 관련 논의와 크게 다르지 않다. 국내에서는 이 중 권한남용설을 취하는 견해는 찾기 어렵고, 현재 배신설과 사무처리의무위반설의 두 견해가 주로 주장되고 있는 것으로 보인다. 권한남용설은 비록 그 주장자를 찾기 어렵지만 배신설과의 대비를 통하여 배임죄의 본질에 대한 이해에 도움이 될 수 있다는 점에서 배임죄의 본질 논의에서 여전히 빠짐없이 언급되고 있다.

권한남용설은, 타인의 재산에 대한 법률상 처분권한을 갖는 자가 이를 남용하여 사무를 처리함으로써 타인의 재산을 침해하는 점에 배임죄의 본질이 있다는 견해이다. 이에 의하면 배임죄의 주체는 법률상의 처분권

569) 신동운, 앞의 글(주 567), 295면. 그 밖에도 특경가법 및 본문의 대법원 판결이 갖는 의미는 매우 크다. 상세는 같은 글 참조.

한, 즉 법적 대리권이 있는 자에 한정되고, 배임행위는 법적 대리권을 남용하는 행위에 한정되므로 대외적으로 유효한 법률행위만이 배임행위가 될 수 있다. 그에 따라 배임죄는 법률행위에 의해, 횡령죄는 사실행위에 의해 각 성립하는 범죄로 설명된다.

그러나 이에 의하면 배임죄의 주체 및 배임행위의 범위가 과도하게 축소되는 문제가 발생하며, 무엇보다도 이러한 축소해석은 우리 배임죄의 문헌 및 그 입법연혁상 아무 근거를 찾을 수 없는 점에서 근본적인 문제에 봉착한다. 우리 배임죄는 권한남용설의 입장을 입법화했던 과거 일본 형법개정예비초안⁵⁷⁰⁾과 달리, 그 타당성의 문제는 차치하더라도 배신설을 입법화한 개정형법가안의 문언을 채택한 점에 이론이 있을 수 없기 때문이다. 현재 배신설이 우리나라에서 통설적인 입장을 점하게 된 것은, 처벌범위의 확보라는 형사정책적 고려 이전에 이러한 문언 및 입법연혁을 고려할 때 지극히 당연한 것으로 보이기도 한다.

배신설은 신의성실의무에 위반하는 것, 즉 타인의 신뢰에 위반하여 그 재산을 침해하는 점에서 배임죄의 본질을 구한다. 타인의 신뢰에 대한 위반은 본인과 행위자 간의 내부적인 관계에서 본인이 행위자에게 부여한 신뢰의 위반, 즉 내부관계에서의 신뢰침해를 의미하고 거기에서 배임죄의 본질을 찾는다. 따라서 배임죄의 주체는 본인의 신뢰에 기해 사무를 처리하는 자이면 되고, 배임행위는 유효한 법률행위 외에 내부적 신뢰관계를 침해하는 사실행위를 포괄할 수 있게 된다. 우리 판례는 배신설의 입장을 확고하게 견지하여, 행위자에게 본인의 재산을 처분할 권한이 없는 경우에도 배임죄의 성립을 인정하며, 법률행위 이외에 사실행위에 의해서도 배임죄가 성립할 수 있다고 판시한다. 다만 신임관계의 의미와 배임행위 범위가 확대될 수 있는 입장이기 때문에 그 한계설정에 중점을 두게 된다.

570) 일본 형법개정예비초안 (1927.2) 제347조 “타인을 위하여 그 재산을 처리할 권한이 있는 자가 그 권한을 남용하여 본인에게 손해를 발생하게 한 때에는 5년 이하의 징역 또는 금고 또는 2천원 이하의 벌금에 처한다.” 상세는 전술 제3절 제2항 1. 및 주 291 참조.

한편 사무처리의무위반설은 권한남용설의 권한을 법적 권한에 한하지 않고 일정한 사무처리권한으로 확장하여, 사무처리의무에 위배하여 재산을 침해하는 것에 배임죄의 본질이 있다는 견해이다. 이에 의하면 배임행위는 사실행위 및 법률행위를 모두 포함할 수 있게 된다. 그러나 이 견해에 대해서는 배임죄 구성요건의 동어반복이고 그 이상의 실질적 기준이 제시되어 있지 않다는 비판이 있다.⁵⁷¹⁾ 그 밖에 기본적으로 배신설 입장에서 사무처리의 근거 중 신의칙을 제외하여 범위축소를 시도하는 견해도 있으나, 사무처리의 근거인 계약의 해석에서 규범적·보충적 해석을 인정하는 경우 배신설과 구별할 큰 실익이 있다고 보기도 어렵다. 결국 배임죄의 본질에 대해서는 통설과 판례인 배신설이 우리 배임죄의 규정 및 현재의 판례를 가장 잘 설명할 수 있는 견해인 것으로 생각된다.

II. 이익취득 및 재산침해

우리 배임죄는 임무위배행위로 인하여 행위자 또는 제3자가 “재산상의 이익을 취득” 할 것을 요구한다. 재산이동범죄이자 이득죄인 우리 배임죄에서는 단순히 본인에 손해를 가하는 것을 넘어 본인의 재산을 신임관계에 반하여 자기 또는 제3자에게 이전시키는 점에 주목한다. 따라서 우리 배임죄의 본질을 논의함에는 이러한 특성이 반영될 필요가 있다. 한언하면 우리 배임죄의 임무위배행위의 불법성의 본질은, 가해적 성격 이외에 신임관계에 위반한 ‘부의 이전’에 있다. 종래 배임죄의 본질에 관한 논의는 신임관계 위반 및 그에 따른 손해발생의 측면이 강조되어 왔으나, 최근에는 배임죄의 본질 논의에 이득죄의 측면도 함께 반영하는 견해가 증가하고 있다. 예컨대 특경가법에 의하여 가해범죄인 독일의 배임죄가 한국적으로 변용되었음을 지적하는 견해⁵⁷²⁾는 현재 우리 배임죄가 갖는 불법성의 본질이 우리 배임죄의 특색, 특경가법의 입법, 그리고 대법원의 판례에 의해 독일과 다르게 변형되었음을 통찰한다. 또한 배임죄의 본질을 설명하면서 “배신과 이득까지 포함하는 용어가 필요하다.....

571) 이용식, 앞의 글(주 145), 231면.

572) 신동운, 앞의 글(주 567), 295면.

배신설이란 용어를 그대로 쓴다 하더라도 가해와 이득의 의미를 모두 포함하는 것으로 이해해야 한다.” 라는 견해 역시 그러하다.⁵⁷³⁾ 최근에는 실무에서도 우리 배임죄가 ‘부의 이전’ 을 규율하기에 적합한 구조를 갖고 있다는 근본적인 측면에 주목하는 견해가 보이고 있다.⁵⁷⁴⁾ 이 견해들은, 독일의 논의에서 탈피하여 우리 배임죄의 본질을 보다 정확히 포착하고 있다.

III. 배임죄의 불법구조

임무위배행위가 갖는 배신성은 그 행위자가 갖는 임무주체의 지위와 밀접한 연관이 있다. 즉 그 본질은 재산의 귀속주체인 본인으로부터 재산을 사실상·법률상 관리 또는 처분할 수 있는 ‘우월적 지위(Machtstellung)’ 를 부여받은 자가 본인과 내적 관계에서 부담하는 재산보호의무에 위반하는 데에 있음이 지적되어 왔다.⁵⁷⁵⁾⁵⁷⁶⁾ 이사의 임무위배행위에 있어서는 주식회사가 갖는 소유와 경영의 분리구조⁵⁷⁷⁾, 그에 따라 이사가 회사로부터 위탁받아 관리하는 재산에 대하여 갖는 우월적 지위로 인하여, 배임죄가 상정하는 가장 전형적인 불법구조가 형성된다.⁵⁷⁸⁾ 우월적 지위가 갖는 배임죄의 불법은 주로 배임죄의 주체 측면에 관련된 것으로, 이것은 구체적 상황하에서 ‘기대’ 되는 행위로 나아가지 않은 이익취득 및 재산침해 측면과 결합하여 임무위배행위의 불법을 형성한다고 할 수 있다.

573) 예컨대 오영근, 형법각론(제5판), 박영사, 374면.

574) 예컨대 설민수, “상장회사 경영진의 경영상 행위에 대한 형사적 규율의 원인, 그 한계 및 대안의 모색 - 배임죄의 확장 및 퇴조에 중점을 두고”, 저스티스 통권 제127호, 2011.12, 247면. “경영진의 사익추구행위를 처벌하기에 가장 적합한 구조를 가진 배임죄의 구성요건” 을 배임죄 규율 확장의 원인으로 적시한다.

575) Schünemann, 앞의 책, 20면.

576) 국내에서 이 점을 적시한 견해로 이용식, 앞의 글(주 145), 235-236면.

577) 대법원은 “소유와 경영의 분리” 를 주식회사의 특성으로 판시한다. 대법원 2017. 3. 23. 선고 2016다251215 전원합의체 판결.

578) 이것은 이사와 회사의 관계에서 이사에게 부여된 우월적 지위로 인하여, 회사재산에 관련한 이사의 회사에 대한 의무불이행은 이미 단순한 채무불이행과 구별되는 형사불법의 실질의 최소한을 갖추게 됨을 의미한다. 따라서 이사의 위와 같은 의무불이행에 대한 처벌을 단순한 민사상 채무불이행의 처벌로 인식하는 것은, 적어도 형법적인 관점에서는 배임죄의 불법에 대한 상기의 이해에 기반할 때 타당하지 않다. 상세는 이용식, 앞의 글, 223-259면.

제2항 보호법익 및 보호의 정도

I. 보호법익

1. 전체로서의 재산

범죄의 실행행위는 구성요건적 행위정형으로 규정된 행위로서 보호법익을 직접적으로 위태롭게 할 수 있는 행위를 의미한다. 따라서 배임죄의 행위정형인 임무위배행위 역시 배임죄의 보호법익을 직접적으로 위태롭게 할 가능성이나 위험성을 갖는 행위이어야 한다. 배임죄에서 임무위배행위 개념이 갖는 확장성을 고려하면, 보호법익의 설정은 행위정형인 임무위배행위의 한계설정에 적지 않은 영향을 끼치는 중요한 작업이다.

배임죄의 보호법익에 관하여 국내에서는 대체로 i) 사기죄와 마찬가지로 전체로서의 재산이라는 견해⁵⁷⁹⁾, ii) 물권 및 채권을 포함한 타인의 재산권이라고 하는 견해⁵⁸⁰⁾, iii) 재산에 대한 죄이므로 보호법익은 재산이고 재산권과 구별되어야 한다는 견해⁵⁸¹⁾ 등이 주장되고 있는 것으로 보인다. 배임죄 성립에는 명문규정에 의해 재산상 손해발생이 요구되고 손해발생 여부는 배임행위 전후 전체적 재산상태를 경제적 관점에서 비교하여 판단되는 것인바, 배임죄의 보호법익을 전체로서의 재산 즉 소유권 및 이외의 본권과 재산상 이익을 모두 포함하는 것으로 보는 견해가 이를 가장 잘 설명할 수 있다고 보인다.

판례는 배임죄의 보호법익을 ‘재산상 이익’⁵⁸²⁾이라고 표현하면서 배임행위 전후 경제적 재산상태를 비교하여 재산상 손해발생 여부를 판단

579) 신동운, 앞의 책(주 164), 1234면.

580) 배종대, 형법각론(제9전정판), 홍문사, 2015, 558면; 이정원·류석준, 형법각론, 법영사, 2019, 435면.

581) 백형구, 형법각론(개정판), 청림출판(2002), 219면.

582) 대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체판결; “형사재판에서 배임죄의 객관적 구성요건요소인 손해 발생 또는 배임죄의 보호법익인 피해자의 재산상 이익의 침해 여부를 판단할 때에는 위 대법원판례를 기준으로 하되 구체적 사안별로 타인의 사무의 내용과 성질, 그 임무위배의 중대성 및 본인의 재산 상태에 미치는 영향 등을 종합하여 신중하게 판단하여야 한다.” 재산상 이익이라는 표현은 배임죄의 객체를 의식한 것으로 생각된다.

하고 있어 역시 전체로서의 재산을 보호법익으로 하는 입장으로 평가할 수 있다. 결국 배임죄의 보호법익은 위탁자의 전체재산이므로 임무위배행위는 일단 신임관계의 상대방인 본인의 전체적인 재산상태를 사실상 감소시킬 위험을 발생시키는 행위를 의미한다.

2. 신뢰관계

신뢰관계가 우리 배임죄의 보호법익에 포함될 수 있는가가 문제되나, 우리나라에서는 이를 배임죄의 보호법익에 명시적으로 포함하는 견해를 찾아보기 쉽지 않다. 일본에서는 배임죄의 보호법익으로 위탁자의 재산과 함께 신뢰관계를 드는 견해가 있고,⁵⁸³⁾ 프랑스에서도 회사와 이사 간의 위임 또는 신임관계를 회사재산남용죄의 보호법익으로 설명하는 견해가 주장되고 있다.⁵⁸⁴⁾

배임죄의 보호법익에 신뢰관계를 포함한다고 하여도 그것만으로 배임죄의 재산범죄적 성격이 희석된다거나, 사회일반의 신뢰를 보호하는 전체주의적 범죄로 변질된다고 단정하기는 어렵다. 배임죄의 보호법익에 포함되는 신뢰관계는 어디까지나 ‘경제활동의 수단’으로서 신뢰관계를 의미하는 것이기 때문이다. 극도로 고도화된 현대 경제현실에서 경제활동주체가 일체의 경제활동을 타인을 통하지 않고 스스로 영위하기는 쉽지 않고, 법인의 경우 성질상 기관을 통하지 않고는 경제활동이 원천적으로 불가능하다. 이러한 상황에서 본인으로부터의 신임하에 그 재산에 대한 접근 및 관리 등 권한을 부여받은 행위자가, 그러한 우월적 지위⁵⁸⁵⁾를 본인의 재산보호에 활용하리라는 신임에 반하여 사익추구에 활용하는 것은 본인의 재산침해인 동시에 경제활동수단의 침해를 의미한다. 따라서 타인과의 신임관계 역시 본인의 경제활동, 즉 본인의 재산보

583) 예컨대 山口厚, 刑法各論(第二版), 有斐閣, 2010, 318면.

584) 예컨대 D. Rebut, 앞의 글, 단락 15 “L’indifférence au préjudice subi par la société révèle la nature exacte de ces délits comme infraction contre les abus de mandat social.(이 죄(회사재산남용죄)가 요건에서 회사에의 손해발생 여부를 불문하는 것은 이 범죄의 정확한 성격이 법인과 이사 간 신임관계 침해임을 보여준다)” . 이와 달리 오직 회사의 재산만이 보호법익이라는 견해로는, B. Bouloc, 앞의 글, 단락 58 참조.

585) Schünemann, “Der Straftatbestand der Untreue als zentrales Wirtschaftsdelikt der entwickelten Industriegesellschaft”, FS für Frisch, 2013, 839면.

호를 목적으로 하는 한도에서 보호법익에 포함될 수 있다고 본다.⁵⁸⁶⁾ 이는 두 보호법익이 선택적인 관계라는 의미가 아닌, 두 법익이 함께 침해되는 경우에 한하여 본 죄가 성립될 수 있다는 의미이다.⁵⁸⁷⁾ 따라서 임무위배행위 여부 판단시에는 재산이전에 의한 손해발생 여부와 함께 본인과의 신임관계를 실질적으로 침해하였는가 여부가 중요한 기준이 된다. 다만 배임죄는 재산범이므로 신임관계는 부수적 보호법익이며, 기수범 여부는 재산적 법익을 기준으로 판단되어야 한다.

II. 보호의 정도

법익보호의 정도에 관해서는, 크게 침해범설과 위험범설이 대립한다. 침해범설⁵⁸⁸⁾은 우리 형법이 ‘손해를 가한 때’라고 명문으로 규정한 점 및 미수처벌규정의 존재를 가장 주된 논거로 한다. 배임죄를 위험범으로 보아 손해를 가한 때에 손해를 가할 위험성이 있는 경우까지 포함시키는 것은 피고인에게 불리한 유추해석이므로 허용될 수 없고, 미수범처벌규정을 무의미하게 한다는 것이다. 반면에 위험범설⁵⁸⁹⁾에서는 배임죄는 위험범이므로 배임행위에 의하여 재산상 손해발생의 위험을 초래한 이상 배임죄의 기수가 성립한다고 한다. 다만 위험범설에서는 위험의 의미를 재산상 손해발생에 대한 구체적 위험에 한정하는 것으로 보인다.

586) 본인재산의 보호와 무관한 신임관계 침해만으로는 배임죄 보호법익 침해는 인정되지 않는다.

587) 신임관계를 배임죄의 보호법익에 포함하는 점에 대해서 전체주의적 의무형법으로 변질될 우려의 관점에서 경계하는 시각도 있으나, 신임관계를 가벌성의 제한을 위해서 사용함으로써 그러한 우려도 제거될 수 있을 것이다. 일본 개정형법가안에 영향을 끼친 독일 쿼트너 초안의 배임죄(Treubruch)가 나치스시대에 성안되었기 때문에, 위의 우려는 우리 배임죄 해석에서 유념하여야 할 부분이다. 그 형성과정 개관 및 쿼트너 초안의 배임죄 조문 번역, 전체주의적 의무형법으로 변질될 우려에 대한 경계는 신동운, 앞의 글(주 567), 299-302면 및 311면 참조. 이것은 불가벌적 사후행위 문제와 관련한 실익도 있다. 상세는 신동운, 같은 글 및 이상원, “형령인가 불가벌적 사후행위인가”, 형사재판의 제문제 제7권, 2014, 104면 이하 각 참조.

588) 권오걸, 스마트 형법각론, 형설출판사, 2011, 777면; 김성돈, 형법각론(제5판), SKKUP, 455면; 김일수·서보학, 새로운 형법각론(제9판), 2018, 394면. 이정원·류석준, 앞의 책(주 580), 435면. 한편 오영근, 앞의 책(주 573), 383면 주 1)은 침해범으로 보면서도, 재산상 손해의 현실화와 현실적인 재산상 손해의 발생을 구별하여 전자를 요하지 않고 후자가 발생하면 재산상 손해를 인정한다.

589) 이재상·장영민·강동범, 형법각론(제10판 보정판), 박영사, 2017, 431면; 박상기·전지연, 형법학(제4판), 집현재, 2018, 689면; 정영일, 형법각론, 도서출판 학림, 2019, 365면 등.

판례⁵⁹⁰⁾는 배임죄의 성립에는 현실적인 재산상의 손해액이 확정될 필요가 없고 재산상 권리실행을 불가능하게 할 염려가 있는 상태 또는 손해발생의 위험이 있는 경우에 바로 성립한다고 판시하는바, 위험범설 중에서 구체적 위험범으로 한정하는 입장에 가깝다. 다만 최근의 전원합의체판결⁵⁹¹⁾에서는 종래 배임죄 기수로 처벌되던 일부 위험범 사례를 미수로 처벌되는 것으로 판례를 변경하였고, 여기서는 배임죄를 침해범으로 이해하여야 한다는 전향적인 입장이 4인의 별개의견⁵⁹²⁾을 통해서 제시되기도 하였다.

배임죄를 비롯하여 재산을 보호범익으로 하는 범죄에는 통상 재산침해의 결과가 수반될 것이나⁵⁹³⁾, 모든 재산범죄가 침해범으로 해석되어야 하는가에 대해서는 이견이 있을 수 있다고 본다. 보호범익에 대하여 발생하는 결과반가치를 어느 정도로 규제할 것인가는 일차적으로 제반 사

590) 대법원 1975. 12. 23. 선고 74도2215 판결 등.

591) 대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결. 이 판결에 대한 긍정적 평가로 이순욱, “법인대표의 대표권남용과 배임죄의 기수시기”, 형법판례 150선, 한국형사판례연구회, 박영사, 2019, 286-287면.

592) 대법관 김신, 박보영, 고영환, 김창석의 별개의견; “배임죄를 위험범으로 파악하는 것은 형법규정의 문언에 부합하지 않는 해석이다. 즉 형법 제355조 제2항은 임무에 위배하는 행위로서 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에 배임죄가 성립한다고 규정하고 있고, 여기서 ‘손해를 가한 때’란 그 문언상 ‘손해를 현실적으로 발생하게 한 때’를 의미한다. 그럼에도 종래의 판례는 배임죄의 ‘손해를 가한 때’에 현실적인 손해 외에 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함한다고 해석함으로써 배임죄의 기수 성립 범위를 넓히고 있다. 실해 발생의 위험을 가한 때는 손해를 가한 때와 전혀 같지 않은데도 이 둘을 똑같이 취급하는 해석은 문언해석의 범위를 벗어난 것일 뿐만 아니라, 형법규정의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 확장하여 해석하는 것으로서 죄형법정주의 원칙에 반한다.

(2) 또한 형법은 다른 재산범죄와 달리 배임죄의 경우에는 재산상 손해를 가할 것을 객관적 구성요건으로 명시하고 있는데, 이는 타인의 사무를 처리하는 자가 임무에 위배한 행위를 하더라도 본인에게 현실적인 재산상 손해를 가하지 않으면 배임죄의 기수가 될 수 없다는 점을 강조하기 위한 입법적 조치로 이해된다. 따라서 재산상 손해가 구성요건으로 명시되어 있지 않은 사기죄나 횡령죄 등 다른 재산범죄의 재산상 이익이나 손해에 관한 해석론을 같이하여야 할 필요가 없다. 배임죄의 경우에는 그 구성요건의 특수성과 입법 취지 등을 고려하여 임무에 위배한 행위가 본인에게 현실적인 재산상 손해를 가한 경우에만 재산상 손해 요건이 충족된다고 해석하여야 한다.”

593) 이와 달리 횡령죄를 거동범으로 보는 견해도 있다. 김태명, “형법상 횡령죄와 배임죄에서 재물과 재산상 이익의 개념”, 2019. 10. 11 한국형사판례연구회 제2세션 발표문, 20-21면.

정을 고려하여 입법자가 결정할 문제이고, 입법자의 의사가 명확하지 않다면 이차적으로 법률을 해석하는 법관이 해석으로 결정할 문제이기 때문이다. 프랑스의 회사재산남용죄처럼 구성요건에서 손해발생을 요하지 않거나, 미수처벌규정이 부재하는 등 재산침해의 결과에 앞선 위험발생 단계에서 규율할 입법자의 의도가 명확하면, 재산범죄 역시 위험범이 될 수 있다.

그러나 우리 배임죄는 문언상 재산상 손해발생을 요하므로 이를 손해의 위험으로 해석하는 것은 피고인에 불리한 유추해석으로 허용될 수 없고, 배임죄의 미수도 처벌되기 때문에 침해범으로 해석하는 것이 타당하다. 침해범으로 보더라도 ‘현실적인 재산상 손해’와 ‘재산상 손해의 현실화’는 구별되며⁵⁹⁴⁾ 손해발생이 반드시 재산상 손해가 종국적으로 현실화될 것을 의미하지 않으므로, ‘현실적인 재산상 손해’가 발생하면 기수에 이르렀다고 보아야 한다. 요컨대 침해범설에 의하더라도 ‘현실적인 재산상 손해’의 판단을 통해 합리적인 결론을 도출할 수 있으므로, 굳이 명문규정 및 죄형법정주의에 반하는 해석론을 전개할 필요는 크지 않다.

이런 관점에서 보면, 상기한 대법원 전원합의체 판결에서 다수의견 보충의견⁵⁹⁵⁾이 “(침해범으로 볼 경우) 기수 책임을 면하기 위해 자신에 대한 형사책임이 확정되기 전까지는 채무의 이행을 늦추거나 거절하려 할 것이다”라고 단정한 것에 대해서는 반론 제기 여지가 있어 보인다.⁵⁹⁶⁾

제3절 배임죄와 특별배임죄의 관계

제1항 기존의 논의

594) 오영근, 앞의 책, 383면 주 1.

595) 대법관 박상옥의 다수의견에 대한 보충의견.

596) 한편 극히 다양한 형태의 배임행위를 포섭하도록 설계된 배임죄구성요건의 특성상 손해발생의 위험이 손해와 동일하게 평가될 수도 있으므로 사례에 따라 침해범이나 구체적 위험범으로 해석될수 있다는 견해로 이용식, 앞의 글 (주 145), 250면.

I. 배임죄와의 외형상 유사성

상법 제622조는 이사, 집행임원, 감사위원회 위원, 감사 등에 의한 특별배임행위의 처벌을 규정한다. 즉 이사 등이 그 임무에 위배한 행위로써 재산상 이익을 취하거나 제3자에게 이를 취득하게 하여 회사에 손해를 가한 때에는 10년 이하 징역 또는 3천만원 이하 벌금에 처한다.

형법의 배임죄와 상법상 특별배임죄의 각 구성요건을 비교하면, 주체부분을 제외하고 행위태양으로서 임무위배행위 및 결과로서 재산상 이익취득과 손해의 발생이라는 구성요건이 완전히 동일하게 규정되어 있다. 그런데 이에 그치지 않고, 양 죄는 형벌까지도 완전히 동일하다. 즉 현행 배임죄와 특별배임죄의 법정형은 모두 10년 이하 징역 또는 3천만원 이하의 벌금이다. 제정 당시에도 양 죄의 형벌에 큰 차이는 없었다.⁵⁹⁷⁾

II. 학설 및 판례

양 죄의 조문이 갖는 유사성 또는 일응의 포함관계⁵⁹⁸⁾는, 학설에서 양 죄의 본질을 동일하게 바라보는 관점으로 연결되고 있는 것으로 보인다. 즉 학설은 대체로 양 죄의 본질이 동일한 것으로 보면서, 이를 전제로 상법상 특별배임죄를 형법의 업무상 배임죄의 특별규정으로 이해하는 입장에 있다. 상법학계의 설명 중 “특별배임죄는 이사 등이 그의 임무를 위반하여 회사에 재산상의 손해를 발생시키는 행위를 하였을 경우에 형법상 배임죄에 비하여 더욱 중한 처벌을 하기 위한 특별규정이다.”⁵⁹⁹⁾거나, “특별배임죄는 ‘업무’의 종류를 묻지 않고, 행위주체에 대해서도 제한을 두지 않고 ‘모든 사람’을 대상으로 하고 있는 업무상 배임죄와의 관계에서는 법조경합관계로서 특별법과 일반법의 관계에 있다”⁶⁰⁰⁾ “상법 제622조는 1937년 독일 주식법 제294조와 1938년 일본

597) 제정형법 제356조 업무상 배임죄와 제정상법 제622조 특별배임죄 모두에서 징역형의 상한은 동일하게 10년이었던. 다만 전자의 벌금형의 상한이 5만원이었던 것에 비교하여, 후자의 벌금형 상한은 2백만원으로 보다 높게 규정된 점이 달랐다. 1995. 12. 29.자 형법 및 상법의 각 개정에 따라 현재의 법정형이 되었다.

598) 후술하듯 배임죄는 특별배임죄를 포함할 수 있는 형태로 규정되어 있다.

599) 최준선, “상법상 특별배임죄 규정의 문제점과 개선방안”, KERI Insight, 한국경제연구원, 2013. 6, 2면.

600) 강동욱, “이사의 경영상 임무위배행위에 대한 형사처벌 규정의 통합방안 - 상법 제

(구)상법 제486조, 제487조를 계수한 것으로 결국 형법의 업무상 배임죄(형법 제356조)에 대한 특별규정”⁶⁰¹⁾ “회사법상 특별배임죄에 규정된 임원들의 행위가 형법상의 업무상배임죄에 해당한다 할지라도 회사 임원 등에 관한 특별규정이므로 회사법상 특별배임죄를 우선 적용하여야 한다”는 등의 설명들은 이러한 입장이라고 할 수 있다.⁶⁰²⁾ 이보다 조금 더 나아가서, ‘(특별배임죄와 배임죄는) 위임받은 권한의 범위에 양적 차이만 있을 뿐이므로 특별배임죄의 위법성이나 유책성이 형법상 배임죄나 업무상배임죄와 본질적으로 다르다고 볼 것은 아니라고 본다’는 견해도 있다.⁶⁰³⁾ 같은 취지의 실무가의 견해도 주장되고⁶⁰⁴⁾, 한편 형법의 학설 중에도 “상법상 특별배임죄는 영리를 목적으로 하기 때문에 모험투자 등의 필요성이 있는 기업행위의 특수성을 고려하여 규정한 형법상 업무상 배임죄의 특별규정이라고 할 수 있다.”⁶⁰⁵⁾라는 견해가 보인다.

이 견해들은 양 죄를 법조경합관계 중 일반법과 특별법의 관계로 보면서, 주된 논거로 양 조문의 외형상 관계를 들고 있다. 즉 상법상 특별배임죄의 주체인 이사 등은 형법의 (업무상) 배임죄의 주체인 ‘(업무상) 타인의 사무를 처리하는 자’에, 그리고 피해주체인 회사는 형법상 (업무상) 배임죄의 ‘본인’에 포섭될 수 있다는 것이다. 이렇게 보면 양 죄의 관계에 대해서 특별법 우선의 원칙이 적용될 수 있고, 상법상 특별배임죄와 형법의 (업무상) 배임죄 적용이 모두 가능한 경우 상법상 특별배임죄가 우선 적용되어야 한다는 결론으로 귀결된다.

622조 특별배임죄의 개정방안을 중심으로 -”, 법과정책연구 17권 3호(통권 47호), 2017. 9, 492면.

601) 양동희, “회사법상 특별배임죄의 개선방안에 대한 연구”, 법이론실무연구 제5권 2호, 2017.8, 291면.

602) 그 외에 상법상 특별배임죄의 보호법익을 회사의 재산권으로 보면서 양 죄가 주체에서 구별된다고 하는 견해들도 같은 입장이라고 할 수 있다. 예컨대 주강원, “상법상 특별배임죄에 관한 연구”, 연세대 법학연구 18권 3호, 2008.9, 361-400면.

603) 한석훈, “상법 벌칙규정의 개정과제-회사임원 등의 특별배임죄 규정을 중심으로”, 기업법연구 제27권 2호(통권 제53호), 2013.6, 284면.

604) 서태경, 상법상 업무집행관계자의 민·형사책임에 관한 연구, 한양대학교 법학박사 학위논문, 2007, 178면; 구회근, “회사 임원의 업무상 배임죄에 관한 판례 분석”, 기업소송연구 통권 제3호, 2005, 2면; 최승재, “배임죄 판례분석을 통한 경영자의 배임죄 적용에 있어 이사의 적정 주의의무 수준에 대한 고찰”, KERI Insight, 한국경제연구원, 2014, 10면.

605) 손동권, “회사 경영자의 상법상 특별배임행위에 대한 현행법 적용의 문제점과 처벌정책을 둘러싼 입법논쟁”, 형사정책 제25권 제3호, 2013.12., 269면.

대법원⁶⁰⁶⁾은 “상법 제622조의 배임행위는 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과 사이의 신임관계를 저버리는 행위를 말한다.”고 판시하고 있다. 이러한 판시는 특별배임죄의 본질을 형법의 업무상 배임죄와 동일하게 바라보는⁶⁰⁷⁾ 점에서는 학설의 태도와 다르지 않은 것으로 평가될 수 있다.

그러나 법원 및 실무의 운용에서는 이사의 배임적 행위에 대해서 특별배임죄보다는 업무상 배임죄로 의율되는 경우가 압도적으로 많다. 이러한 현상의 원인으로는 특별배임죄와 업무상배임죄의 법정형이 동일하고 특경가법에 특별배임죄에 대한 가중처벌규정이 없는 점이 지적⁶⁰⁸⁾된다. 이사 등의 특별배임행위로 인한 이득액이 5억원 이상인 경우 발생할 수 있는 형량 불균형의 문제 때문에 공소제기 단계에서 특경가법위반(배임)죄로 공소제기되는 관행이 형성되었다는 것이다. 상태에서는 특별규정의 실익이 없다는 점도 지적된다. 그러나 이러한 실무에 대해서는 특별법 우선원칙에 반하는 형사사법기관의 자의적 법적용이며⁶⁰⁹⁾ 특별배임죄의 입법취지를 무색하게 한다⁶¹⁰⁾는 비판이 제기되고 있다.

제2항 검토

특별배임죄와 업무상 배임죄의 관계는, 환언하면 양 죄의 죄수판단의 문제이다. 상기한 종래의 논의는 양 죄 구성요건의 문언 간 관계에 초점을 두고, 거기서 나타나는 일응의 포함관계로부터 곧바로 법조경합 특별관계 및 ‘특별법 우선의 원칙’ 적용으로 종결짓는 경향이 있었다. 그러나 양 죄의 관계를 판단함에 있어서는 구성요건과 함께 아래 두 가지 측면, 즉 ①보호법익의 측면과 ②규율체계의 측면이 함께 고려되어야 할 것으로 보인다.

606) 대법원 1998.2.10. 선고 96도2287 판결.

607) 위의 글, 266면.

608) 위의 글, 270면; 서태경, 앞의 글, 178면; 한석훈, 비즈니스범죄와 기업법(제2판), 성균관대학교 출판부, 2019, 126면.

609) 손동권, 앞의 글, 270면.

610) 한석훈, 앞의 책, 126면.

I. 보호법익

죄수의 판단에 있어서 구성요건이 중요한 기준임은 물론이다. 그러나 그것이 오직 구성요건의 문언만에 의해서 결정된다고는 단정할 수 없다. 죄수 판단에는 보호법익이라는 실질적 측면도 고려되어야 하기 때문이다. 이는 대법원의 확립된 판례이기도 하다. 즉 대법원은 상상적 경합과 법조경합의 구별기준에 대해서 “상상적 경합은 1개의 행위가 실질적으로 수개의 구성요건을 충족하는 경우를 말하고, 법조경합은 1개의 행위가 외관상 수개의 죄의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이나 실질적으로 1죄만을 구성하는 경우를 말하며, 실질적으로 1죄인가 또는 수죄인가는 구성요건적 평가와 보호법익의 측면에서 고찰하여 판단하여야 한다” 라고 일관하여 판시하고 있다.⁶¹¹⁾

따라서 특별배임죄와 (업무상) 배임죄 간 관계를 법조경합 특별관계로 결론짓기 위해서는, 양 죄 구성요건의 문언과 함께 보호법익에 관해서도 살펴볼 필요가 있다. 양 죄의 보호법익이 동일하거나 단순히 양적 차이만 존재하는 경우에는 쉽게 법조경합 관계를 인정할 수 있을 것이다. 그러나 동 죄의 입법연혁상 나타나는 입법취지를 살펴보면, 그와 같이 단정할 수 있는가에 대해서는 의문이 없지 않다.

제정 상법의 입법과정에서는 특별배임죄에 관한 특별한 논의가 없었다. 그러나 제정 상법은 일본 상법의 큰 영향을 받았고⁶¹²⁾ 특별배임죄가 상법에 규정된 것 및 그 구성요건이 형법의 배임죄와 실질적으로 동일한 것 역시 일본의 영향으로 보이기 때문에, 일본에서 특별배임죄의 입법취지 및 보호법익이 무엇이었는가에 대한 논의를 참고할 필요가 있다. 앞에서 보았듯⁶¹³⁾ 일본에서 특별배임죄의 입법이 처음으로 논의된 1911년의 상법 개정과정에서는, 이사의 배임행위가 사회에 끼치는 해악의 중대성에 따른 강력한 규제필요성이 강조되었다. 이러한 사회적 해악의 중대

611) 대법원 2000.7.7. 선고 2000도1899 판결; 대법원 1998. 3. 24. 선고 97도2956 판결; 1984. 6. 26. 선고 84도782 판결 등.

612) 제3장 제1절 제2항 참조.

613) 제2장 제3절 제2항 II. 참조.

성은, 이후 특별배임죄가 입법된 1938년 상법개정시 논의에서도 다시금 특별히 강조되고 있다. 양 논의의 시간적 간격에 불구하고 입법동기의 동질성, 연속성 및 일관성이 유지된 점은 이러한 입법목적의 정당성에 별다른 의문이 없었음을 간취할 수 있게 한다. 이 기간 동안 경제규모의 비약적 확대는 입법의 필요성을 더욱 뚜렷하게 하였을 것이다. 여기서 제시된 입법취지이자 강조점인 ‘사회적 해악의 중대성’을 환언하면, 결국 특별배임죄의 높은 법정형의 근거는 사회적 차원의 재산 또는 경제상 손해라는, 개인적 범익외의 범익침해에 있다⁶¹⁴⁾는 것이 된다. 이에 의하면, 특별배임죄는 회사내 의사결정 및 집행구조·과정의 상법적 합법성, 그것이 주주, 사채권자 등 광범위한 이해관계에 끼치는 영향, 나아가 사회전체 경제상황의 건전성에 끼치는 영향, 자본주의 경제질서에 대한 영향 등 다양한 범익의 보호가 고려될 수 있는, 상법 고유의 독자범죄로 이해될 여지가 있다.⁶¹⁵⁾ 이는 양 죄의 보호범익 간에 단순한 양적 차이를 넘는 질적 상위가 존재함을 의미한다.

사실 양 죄의 보호범익에 이와 같은 질적 상위가 없다면 특별배임죄를 상법에서 별도로 규정할 근거 자체가 처음부터 상실된다고 할 수 있다. 이러한 점은 현재 일본에서도 언급되고 있다. 즉 일본 회사법상 특별배임죄와 형법상 배임죄의 보호범익 간 이질성의 논거로, 불법의 질적 차이에 이르지 않는 단순한 양적 차이에 대해서는 실정법상 별도 유형화를 인정하기가 곤란하다는 것이다. 예컨대 민법상 조합 이사의 조합에 대한 배임이 일반 개인 간 배임행위와 불법에 양적 차이가 있다는 이유만으로 그에 대한 별도 입법이 고려되지 않는 것은 이런 맥락이라고 한다.⁶¹⁶⁾

II. 규율체계

특별배임죄와 배임죄의 관계 판단에 고려될 수 있는 또 하나의 요소는 규율체계의 측면이다. 특별배임죄는 상법 별칙에 규정되어 있다. 이것은 특별배임죄라는 구성요건의 해석이 기본적으로 상법의 규율내용과 그에

614) 伊東研祐, “特別背任罪の解釈視座について -昭和13年商法罰則改正と改正刑法假案-”, 島大法学 第56卷 第4号, 2013. 1, 35-36면.

615) 위의 글, 24면.

616) 위의 글.

의해 운용되는 제도의 토대 위에 있어야 함을 의미한다. 물론 형법에서도 재산죄 해석에 있어서 민법의 사유재산제도가 기본적 토대인 점을 부정할 수는 없다. 그러나 형법과 민법은 서로 연혁, 목적 및 기능 등을 달리하는 상이한 법체계이기 때문에, 형법상 재산죄의 해석이 필연적으로 민법의 토대에 구속되는가에 대해서는 의문이 제기될 여지가 크다.

반면에 특별배임죄는 상법전 내에 편입되어 있고, 이것은 상법의 다른 규정사항들과의 관계에서 논리적, 체계적 해석의 필요성이 그만큼 높음을 의미한다. 특히 동 죄가 기반하는 ‘회사’는 그 자체가 회사법의 특유한 규율을 받는 독자적 제도이기 때문에 형법, 나아가 민법이나 상법의 다른 분야와도 다른 회사법만의 고유한 규율사항과 제도가 특별배임죄의 해석에 전제되거나 더욱 중요하게 고려되어야 할 필요가 크다고 할 수 있다. 이는 특별배임죄 해석의 출발점인 이사와 회사간 위임관계의 해석에서도 동일하다. 예컨대 이사와 회사간 관계에는 민법의 위임관계가 준용되나, 그것은 ‘준용’ 이므로 준용대상이 갖는 고유한 특질, 즉 위임자인 회사가 갖는 제도적 특질이 고려되지 않을 수 없는 것이다.

이것은 특별배임죄의 해석에 있어서 상법, 특히 회사법이 회사제도를 규율하면서 직접적으로 예정한 이해관계자인 주주, 채권자의 이익 및 그 이익의 보호나 조정을 위하여 상법이 마련한 절차 그 밖의 장치들에 대한 준수 또는 침해 여부가 범죄성립에 중요하게 고려될 필요성 또는 당위성을 의미할 수 있다. 반면에 형법상 배임죄의 해석에서는 상법에 특유한 회사제도의 특수성이나 주주, 채권자의 이익에 대한 고려, 상법적 절차의 준수여부는 범죄성부 판단에 중요한 요소가 되지 않고, 형법적 관점에서의 본인의 재산보호에 보다 더 주목하여야 한다는 논리적 귀결이 도출될 수 있다. 그러나 우리 법원에서는 아직까지 특별배임죄에 관하여 이러한 차별적 접근, 즉 규율체계의 상위를 고려한 형법상 배임죄와 구별이 시도되고 있지 않고, 그러한 기미도 보이지 않고 있다.

규율체계의 상위성에 대한 이와 같은 외면은 일본 법원에서도 동일하게 나타난다. 일본의 경우 회사법의 특별배임죄와 형법상 배임죄의 관계

에 대해 특별관계로 해석하는 입장이 판례이자 통설임은 앞서 살펴본 것과 같다. 그런데 이에 대해서, 최근 일본에서도 특별배임죄에 대한 판례 및 통설의 이해가 과거 특별배임죄의 입법과정에서 논의되었던 입법취지, 즉 이사의 배임행위가 주주, 채권자 등 회사의 이해관계자 및 경제, 사회에 대해서 발생하는 ‘해악의 중대성’에 주목하였던 것과 조화되기 어렵다는 비판이 유력하게 제기되고 있다. 이러한 입장들은 특별배임죄에 대한 기존 통설과 판례의 시각을 비판하고, 그 입법과정에서 논의되었던 본래의 입법취지 및 체계 등의 고찰을 통해서, 형법의 배임죄와 본질적으로 구별되는 특별배임죄의 독자적 범죄로서의 성격부여를 강조하고 있다.⁶¹⁷⁾

더욱이 일본과 우리나라의 논의상황의 배경에는 일본의 논의를 그대로 수용하기 곤란한 결정적인 상위점이 있다. 그것은 일본 형법에서 업무상 배임죄 처벌규정의 부재이다. 일본에서 특별배임죄 입법 직후에 동 죄에 관한 일본 상법학자의 아래의 언급은, 특별배임죄가 입법될 무렵 일본의 실무에서 동 죄를 업무상 배임죄의 부재에 대한 대안 정도로 인식하였음을, 그리고 일본 상법학계에서 형법상 보호법익의 질적 상위라는 형법적 문제에 대하여는 그다지 관심을 갖지 않았음을 여실히 보여준다.

“형법이 업무상 횡령죄를 일반횡령죄와 구별하여 그 형을 가중하는 것 같이, 배임죄에 대해서도 업무상 배임이라는 관념을 인정하고 그것을 일반배임죄와 구별하고 그 형을 가중함이 적당하다고 운위하는 것은 실무가, 학자간의 일치한 의견이어서, 형사입법상 하나의 새로운 사고방식인데, 그러한 사고가 일부분 이것 등의 규정으로 구현되었다고 볼 수 있다.”⁶¹⁸⁾

617) 위의 글, 21면 이하; 田寺さおり, 앞의 글(주 277), 117면 이하; 小田直樹, “特別背任罪の一考察—制度論を取り込んだ刑法解釈の試み—(1)”, 神戸法学雑誌 第68巻 第4号, 2019. 3, 21면 이하 각 참조.

618) 奥野健一ほか『株式会社法積義(改訂版)』巖松堂, 1940, 532면; 五十嵐さおり, “特別背任罪の主体について”, 法政理論 第43巻第2号, 2011, 10면에서 재인용. 원문은 다음과 같다. “刑法が業務上横領罪を一般横領罪と区別し其の刑を加重せる如く, 背任罪に付ても業務上背任なる觀念を認め, 之を一般背任罪と区別し其の刑を加重するのが適當であると云ふことは, 實際家, 學者間の一致した意見であって, 刑事立法上の一つの新しい考へ方であるが, 其の考へ方が一部此等の規定に具現されたと見ることが出来る”.

형법에 업무상 배임죄가 부재한 일본에서는 특별배임죄를 업무상 배임죄의 대안으로 삼아야 할 현실적인 필요가 있을 수 있다. 더구나 그러한 필요가 절박하였다면 체계를 고려하지 않은 해석도 어느 정도 수긍할 수 있는 부분이 있을 수 있다. 그러나 이러한 해석은 특별배임죄의 입법자가 의도한 원래의 입법취지에는 부합하지 않는다. 특별배임죄를 비롯하여 1938년에 단행된 일본상법개정의 가장 큰 특색은 이사의 불법행위가 주주, 채권자 등 회사의 이해관계자들 및 사회에 끼치는 중대한 해악에 대응하고자 이사의 책임을 강화하고 형사책임을 확대하는 데에 있었다. 이러한 맥락에서 특별배임죄와 함께 이사의 이익수수등 죄가 함께 도입되었다. 일본의 학설은 1938년 상법개정의 특징을 ‘사회전체 경제상황의 건전성, 자본주의 경제질서의 안전을 수호하여야 할 이사의 ‘대사회적 임무’ 619)에 대한 고려’로 압축하여 표현한다.⁶²⁰⁾ 그 맥락에서 도입된 특별배임죄의 입법취지는, 이미 1911년에 도입이 시도되었던 “상법독자의 ‘특별한 배임죄’”의 연장선상에 있다. 그러나 원래의 입법취지는 형법의 업무상 배임죄 처벌조항의 부재로 인하여 몰각되고, 특별배임죄가 업무상 배임죄의 대안처럼 운용되는 것이 일본의 현실이다.

그러나 우리 형법은 업무상 배임죄를 두고 있기 때문에, 일본에서처럼 특별배임죄를 업무상 배임죄의 대안으로 운용해야 할 현실적 필요가 전혀 없고, 실제로도 업무상 배임죄가 특별배임죄보다 훨씬 활발하게 사용되고 있다. 그렇다면 상법의 특별배임죄는 그 원래의 입법취지와 체계에 부합하도록, 업무상 배임죄와 구별되는 상법 특유의 범죄로서 본연의 역할을 모색할 수 있는 배경이 우리 법제 하에서는 이미 형성되어 있다.

심지어 업무상 배임죄가 없는 일본에서조차도, 특별배임죄와 배임죄의 본질을 동일하게 취급하여서는 정합적인 이해가 곤란함을 인정하고, 형법의 배임죄는 재산범죄로서의 배임죄로, 회사법의 특별배임죄는 재산법 외의 배임죄로 분리하여 취급하는 것이 타당하다는 주장⁶²¹⁾이 최근 들어

619) 伊東研祐, 앞의 글(주 614), 35면의 표현이다.

620) 위의 글.

621) 伊東研祐, 앞의 글; 田寺さおり, 앞의 글(주 277); 小田直樹, 앞의 글(주 617). 같은 취지로 京藤哲久, “もう一つの背任罪 ―フランスの会社財産濫用罪が示唆するもの―”,

활발하게 제기되고 있음은 시사하는 바가 크다.

III. 결 론

상법의 특별배임죄의 입법취지는 이사의 행위가 주주, 채권자 등에게 끼치는 해악의 중대성에 주목한 것으로, 이는 형법의 배임죄와 보호법익의 질적 상위를 시사한다. 형법의 배임죄는 ‘본인에 대한’ 임무위배행위의 규율에 초점을 둔 것과 달리, 상법의 특별배임죄는 ‘주주, 채권자 등 상법이 예정한 이해관계자 및 관련 절차의 이익을 고려한’ 회사에 대한 임무위배행위로 해석될 가능성이 열려 있다. 나아가 우리 형법은 업무상 배임죄를 규정하고 있기에 특별배임죄를 상법특유의 범죄로 운용할 수 있는 체계는 이미 형법 제정시부터 완비되어 있다.

결국 우리 형법 및 상법의 해석에 있어서 상기한 입법연혁, 보호법익 및 체계상의 문제를 종합할 때, 특별배임죄를 현재 일본에서의 해석과 마찬가지로 형법상 배임죄의 책임가중 규정으로 이해하는 견해보다는, 형법상 배임죄와 보호법익이 차별되는 상법독자적 범죄로 이해하는 방안이 모색되어야 할 것으로 생각된다.

물론 그 경우 특별배임죄의 요건에 관하여는, 현재까지의 논의에서 각도를 전환한 보다 심화된 논의가 뒤따라야 할 것이다. 이런 이해에 의하면 특별배임죄는 원칙적으로 형법상 배임죄와 범조경합 특별관계가 아닌, 수죄로서 상상적 경합 또는 실체적 경합관계를 형성하게 될 것이다. 이것은 업무상 배임죄 의율에 대해 지속적으로 제기되어 온 특별법 우선 원칙 위반문제를 해결하면서, 특별배임죄의 원래 입법취지 및 현 입법의 체계에 보다 충실히 부합하는 방안이기도 하다.

変動する社会と格闘する判例・法の動き, 渡辺咲子先生古稀記念, 2017, 153-156면 이하
는, 프랑스 회사법상 회사재산남용죄와 형법상 신뢰침해죄를 예로 들며 동일한 주
장을 전개한다.

제4절 임무위배행위

제1항 임무위배행위의 개념

임무위배행위의 개념은 종래 “위탁의 취지에 반” 하는 행위로서 위탁의 본지는 신의성실의 원칙에 의해 고찰하여야 하므로 결국 “신의성실의 원칙상 ‘위탁의 본지’에 위배되는” 행위⁶²²⁾ 또는 “사무의 성질·내용, 행위당시에 있어서의 구체적 상황에 비추어 사무처리자로서 보통 하여야 할 사무의 범위를 일탈” 한 행위⁶²³⁾로 정의되어 왔다. 현재 배신설 입장에서 제시되는 가장 표준적인 정의는 “법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의칙에 비추어 볼 때 본인과의 ‘신임관계’를 저버리는 일체의 행위”⁶²⁴⁾⁶²⁵⁾이다. 본인과의 신임관계는 위탁의 본지와 의미상 거의 동일하나, 과거에 비해 법률, 계약, 신의칙 등으로 신임관계의 판단기준을 구체화하고 있다.

배임죄의 본질을 사무처리의무 위반으로 파악하는 견해는 임무위배를 “사무처리의무 위반”으로 정의하기도 하나⁶²⁶⁾, 사무처리의 근거인 계약의 해석에 있어서 규범적 또는 보충적 해석을 동원하는 경우에는 배신설의 정의와 큰 차이가 있다고 보기 어렵다. 한편 판례⁶²⁷⁾는 임무위배행위 판단이 문제되는 사례에서 “구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대하는 행위를 하는 것”이라는 정의를 제시하고 있고, 학설⁶²⁸⁾⁶²⁹⁾에서도 이에 의하는 견해가 적지 않다. 이것은 ‘위탁의 본지’나 ‘신임관계’를, 구체적인 상황 하에서 본인의 ‘기

622) 유기천, 앞의 책(주 3), 295면.

623) 강구진, “배임의 죄”, 사법행정 Vol. 24 No. 10, 1983, 44면 및 47면.

624) 신동운, 앞의 책(주 164), 1249면.

625) 김일수·서보학, 새로쓴 형법각론(제9판), 박영사, 2018, 389면.

626) 허일태, “배임죄에서 행위주체와 손해의 개념”, 비교형사법연구 제6권 제2호, 142면.

627) 대법원 2013. 9. 27. 선고 2013도6835판결; 대법원 2012. 9. 13. 선고 2012도3840판결; 대법원 2011. 10. 27. 선고 2009도14464판결 등 다수.

628) 이용식, 형법각론, 박영사, 2019, 61면.

629) 이상원, 법률가의 맥 형법각론, 박영사, 2011, 477면.

대'라는 기준으로 구체화한 것으로 생각된다. 요컨대 임무위배행위는 학설에서 신의성실의 원칙상 '위탁의 본지', '보통 하여야 할 사무의 범위', '본인과의 신임관계'에 위배하는 행위로 정의되고 판례는 이를 구체적 상황에서 본인의 '기대'로 구체화했다고 평가된다.

다만 본인의 '기대' 역시 적용을 위해서는 좀 더 구체화될 필요가 있다고 할 수 있다. 사실 극도로 다양한 배임적 행위유형에 대처하려면 일반추상적 정의나 기준이 불가피한 측면이 있다. 그러나 임무위배행위 개념이 갖는 포괄성이 구성요건의 행위정형으로서 다소 문제가 있음도 부정할 수 없다. 이에 행위정형이 지녀야 할 일반예방적 기능 및 보장적 기능을 최대한 확보하기 위해서는 가능한한 기준을 구체화하는 것이 바람직하다. 때문에 실제 사례에서 이러한 추상적 개념이 특히 판례에 있어서 어떻게 적용 및 판단되어 왔는가를 검토하는 것은, 임무위배행위 판단기준이 갖는 일응의 경향성을 간취하고 그에 있을 수 있는 문제점을 가려내기 위한 전제작업으로서 의미있을 것이다.

임무위배행위 여부의 판단을 위해서는 크게 '임무'와 '위배'에 관한 판단을 요하고, 그것은 ① 임무의 상대인 본인이 누구인가를 확정하고 ② 임무의 내용을 확정된 후 ③ 그 위반여부를 최종적으로 판단하는 단계를 거쳐야 한다고 할 수 있다. 이사가 회사와 사이에 인정되는 위임관계에 따라 회사의 업무를 수행하여야 할 임무가 있음에는 의문이 없다. 그러나 이사가 다른 주체, 예컨대 주주에 대해서도 사무처리임무를 부담하는가, 또는 그렇지 않더라도 회사에 대한 임무를 수행함에 있어서 주주의 이익을 고려할 의무를 부담하는가에 대해서 논의가 있을 수 있다. 다음으로 임무내용의 확정에서 상법, 민법 등 다른 법령의 규율내용에 구속되는가, 그렇지 않고 형법독자적 판단의 여지가 있는가가 형법의 독자성이나 보충성과 관련하여 문제될 수 있다. 끝으로 임무위배 여부를 판단함에 있어서 법령, 정관, 내규, 계약 등은 임무의 형식적 근거인 동시에 임무위배 여부를 결정짓는 단서가 될 수 있으나, 판례에 의하면 그것이 최종적인 기준이라고 할 수 없고 그 외의 실질적 요소가 고려되고 있다.

이하에서는 이에 관련한 판례들을 검토함으로써 임무위배행위 판단에 관하여 기존 판례나 논의가 노정하는 문제점을 확인하고, 우리 배임죄의 개별사례에서 임무위배행위성, 구체적으로 이사의 임무위배행위성의 판단방법을 모색하기 위한 토대로 삼고자 한다.

제2항 임무의 내용 및 위반정도

1. 임무의 내용: 사법상 의무와 관계

임무위배 여부의 판단에서 사법상 의무의 해석이 문제되는 경우에 양자 간 상호관계가 문제될 수 있다. 판례는 이 문제를 명시적으로 언급하고 있지 않지만, 대법원 판결 중에는 사법상 의무에 관한 해석을 곧바로 배임죄의 성부에 직결시키는 것이 있다. 예컨대 대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체판결은 상법해석에서 ① 다수의견에 따라 주주배정 → 동일한 기회의 사채발행 → 주주 선택에 따른 지배권 이전의 논리를 취하면 전환사채를 제3자에게 저가로 발행한 이사에게 업무상 배임죄가 불성립하고, ② 반대의견에 따라 제3자배정 → 별개의 전환사채발행 → 지배권이전목적의 제3자 저가발행의 논리를 취하면 업무상 배임죄가 성립한다고 판단한다. 판례의 다수의견 및 소수의견 모두 상법해석을 배임죄 성립여부에 직결시키고 있다는 평가가 가능하다. 그런데 이러한 해석은, 형법적 시각의 고려여지를 차단한 것이 아닌가라는 의문이 형법의 독자성측면에서 문제될 수 있다.

종래 형법의 독자성에 대해서는 구성요건의 해석에서 다른 규범의 내용을 원용할 여지가 있는 경우가 주로 규범적 구성요건의 문제와 관련하여 논의되어 왔다. 특히 객체의 소유 및 점유관계가 항상 문제되는 재산죄에 있어서는 그 판단이 기본적으로 민법의 규율대상이라는 점에서, 민법의 판단을 그대로 원용할 것인가 또는 형법독자적 판단이 수행되는 것인가에 대하여 논의가 전개되었다. 그러나 그러한 논의가 배임죄의 위탁의 본지 또는 신임관계의 해석에까지 확장되지는 않았던 것으로 보인다. 배임죄의 임무위배와 관련하여 그것이 민법 등 사법상의 법령, 계약, 신의칙 등에 따른 의무위반과 일치하는가의 논의는 예컨대 불법원인급여물

의 반환거부에 대한 횡령죄 성부나 점유보조자의 점유인정여부에 대한 논의가 비교적 활발하게 전개된 것과는 달리 상대적으로 문제로 부각되어 있지 않았다.

다만 횡령죄는 배임죄와 마찬가지로 신임관계의 위배에 본질이 있는 점에서, 횡령죄에서 사법상 위탁관계가 불법한 불법원인급여물에 대한 횡령죄 성부 논의는 배임죄에도 의미가 있을 수 있다. 즉 이를 통해서 배임죄에서 임무내용의 사법구속성에 대한 태도를 간접적으로 추정할 수 있다. 위탁물의 위탁관계가 사법상 불법이어서 위탁자에게 사법상 반환청구가 허용되지 않는 경우 그 물건에 대한 횡령죄 성부에 관해서는 과거 여러 논의가 있었다. 유기천 교수⁶³⁰⁾는 이에 관하여 아래와 같이 서술한다.

“생각컨대, 소극설은 민법상 반환의무 없는 자에게 형벌로서 반환을 강제하는 것은, 법질서 전체의 통일을 깨뜨리는 결과가 된다는 민법과의 균형을 그 근거로 하여 횡령죄의 성립을 부정한다. 그러나, 소극설은 (ㄱ)민법상으로도 반환의무를 부담하지 않는 것이 아니요(민법상 의무 있는 일종의 자연채무이다), 소송법상 소추가 불가능한 것뿐이므로 결국 민법의 정신을 오해한 것이다. (ㄴ) 본죄의 본질이 「마우라하」가 지적하는 바와 같이 재산범죄에 있어서는 민법상의 침해 여부는 문제가 되지 아니하고(특히, 절도죄와 횡령죄를 위태범으로 취급하는 정신을 볼 때), 형법 독자적인 목적에 의하여 해결하여야 하는 점을 망각하고 있다. 따라서, 적극설이 타당하다.”

또한 강구진 교수⁶³¹⁾는 이에 관하여 아래와 같이 서술하고 있다.

630) 유기천, 앞의 책(주 3), 271면.

631) 강구진, 형법강의 각론 I, 박영사, 1983, 354면; 같은 책 351면은 대체물의 위탁에 관해서도 “민법이론에 따르면 금전은 대체성이 있을 뿐만 아니라 고도의 유통성을 지니는 까닭에 점유와 소유는 항상 일치된다고 풀이되지만, 형법에 있어서는 위탁자의 위탁의 취지에 좇아 재물을 보호하는 데에 중점이 놓여지기 때문에 반드시 민법이론에 구속될 필요는 없다. 그리하여 용도를 정하여 위탁받은 금액이 통화로서는 특정되고 있지 않더라도, 금액이 특정되고 있는 한 그 금액을 특정한 재물이라고 볼 수 있기 때문에 금액 자체가 소유권의 대상이 된다. 따라서 예컨대 위탁판매에 있어서 위탁품의 판매대금은 위탁자의 소유에 속하고 채권추심을 위하여 신탁적으로 채권양도를 받아 추심한 물품대금의 소유권은 특단의 사정이 없는 한 채권양도인의 소유에 속한다.” 라고 서술하여, 점유 및 소유에 관한 법적 판단에 있어서도 형법의 독자성을 관철하고 있다.

“위탁관계는 상호간에 신임관계가 있으면 충분하기 때문에 위탁자가 법률상 목적물을 위탁할 권한이 있는지의 여부와 나아가 수탁자가 법률상 위탁을 받을 권한이 있는지의 여부는 중요하지 아니하다. 또 위탁관계를 발생시킬 계약이 법률상 무효이더라도 그것에 바탕하여 인도된 재물에 관하여 위탁관계는 존재한다고 보아야 할 것이다. 즉 위탁신임관계는 사실상의 관계이면 충분하고 위탁자가 법률상 목적물의 보관을 수탁자에게 위탁할 권한을 가지고 있는가, 또는 수탁자가 법률상 목적물수탁의 권한을 가지고 있는가는 묻지 않는다.”

위 언급 모두 사법상으로 위탁관계가 무효라는 법적 판단이 형법에서 횡령죄 성립에 요구되는 위탁관계 존부의 판단을 구속하지 않는다는 점에 견해를 같이한다. 즉 공통적으로 형법의 독자성을 강조하는 시각에 있다. 이것을 횡령죄와 죄질을 같이하는 배임죄의 신임관계에 적용하면, 배임죄의 임무위배에서도 의무의 내용에 관한 사법상의 판단에 구속되지 않고 형법적 견지에서 독자적으로 배임죄의 임무를 판단할 수 있다는 결론으로 연결될 수 있다. 이를 관철하면, 상기 견해들은 배임죄의 임무위배행위 판단을 상법해석의 결과에 직결시킨 2007도4949 전원합의체판결에 대해 비판적⁶³²⁾으로 볼 가능성이 높다. 이 판결에 대해서는 비교적 최근에도 비판적으로 평가하는 견해가 주장된다.⁶³³⁾

632) 이와 달리, 대법원이 불법원인급여물에 대한 횡령죄를 부정한 것은 법질서의 통일성을 강화하는 태도이기 때문에 임무위배 판단을 상법해석에 맡긴 태도와 일관된다는 점에서 긍정적으로 평가될 여지도 있다. 관련 대법원 판결을 소개하면 다음과 같다: 대법원 1999. 6. 11. 선고 99도275 판결 “민법 제746조에 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다고 규정한 뜻은 급여를 한 사람은 그 원인행위가 법률상 무효임을 내세워 상대방에게 부당이득반환청구를 할 수 없고, 또 급여한 물건의 소유권이 자기에게 있다고 하여 소유권에 기한 반환청구도 할 수 없어서 결국 급여한 물건의 소유권은 급여를 받은 상대방에게 귀속되는 것이므로(대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체 판결 참조), 피고인 1이 피고인 2로부터 공소의 2에 대한 뇌물공여 또는 배임증제의 목적으로 전달하여 달라고 교부받은 금전은 불법원인급여물에 해당하여 그 소유권은 피고인 1에게 귀속되는 것으로서 피고인 1이 위 금전을 공소의 2에게 전달하지 않고 임의로 소비하였다고 하더라도 횡령죄가 성립하지 않는다고 판단하여 무죄를 선고한 원심의 조치는 옳다고 여겨지고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 횡령죄에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다”. 판례가 법질서의 통일성 및 형법의 최후수단성에 부합하여 타당하다는 평가로는, 문영식, “불법원인급여와 횡령죄”, 형법판례 150선, 한국형사판례연구회, 박영사, 2019, 265면.

633) 예컨대 이상돈, “전환사채의 저가발행을 통한 경영권 승계의 배임성”, 형사정책연구 제23권 제2호(통권 제90호), 2012.여름, 24-26면.

II. 위반정도 : 중대성의 요부

임무위반의 정도에 관해서도 과거에는 특별한 논의가 있었던 것으로는 보이지 않았다. 그런데 1990년대 후반 경제위기의 여파로 대규모기업집단 소속회사의 도산이 증가하고, 소속회사보다 그룹을 지배하는 특수관계인 개인에게 충성하는 기업인들의 행태에 대한 비판 및 기업지배구조 개선에 대한 목소리가 높아지면서 2000년대 이후부터 이사의 행위에 대한 배임죄 의율이 크게 증가하였다. 그러자 반작용으로서 배임죄의 경제영역에 대한 과도한 개입에 대한 경계의 시각이 나타났다.

배임죄 적용범위를 법적으로 제한하기 위한 수단들은 이런 흐름속에서 모색되었다. 경영판단 원칙의 형법적 도입논의는 물론, 비교적 최근부터 주장된 임무위배(의무위반)의 중대성에 대한 요구도 같은 맥락이다.⁶³⁴⁾ 다만 경영판단과 달리 임무위배의 중대성에 관한 논의는 아직 판례에서 채택되거나 언급된 바는 없고, 형법학계에서도 임무위배행위의 요건에 관한 본격적 논의로 확대되지는 않은 것으로 보인다. 이에 대해서는 이후 이사의 임무위배행위에 관한 논의에서 살펴보기로 한다. 종래 배임죄의 일반론 차원에서 임무위배행위의 기준에 관해서는 임무내용의 사법중속성이나 위배의 정도보다는 임무위배 판단기준의 형식성 또는 실질성이라는 형태로 좀 더 논의된 것으로 보인다. 이에 관하여 검토를 계속한다.

제3항 판단기준에 관한 학설과 판례

I. 형식과 실질

1. 학설의 논의

임무위배의 판단기준에 대해서는, 형식적으로 법령·계약등의 위반여

634) 형법학계의 논의로 조국, “기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계 -업무상 배임죄 배제론에 대한 응답-”, 형사법연구 제19권 제3호, 한국형사법학회, 2007, 183면; 이정민, “업무상 배임죄에 있어서 경영상 판단 존중”, 고려법학 제78호, 2015, 9, 54면 및 58면. 후자의 견해는 이사의 경영판단에 한정하여 임무위배의 중대성을 요구한다. 이에 관한 상법학계의 견해는 뒤에 소개한다.

부에 의할 것인가, 또는 반드시 그에 의하지 않고 다른 기준에 의한다고 할 것인가가 형식적 기준과 실질적 기준간의 대립으로 논의되고 있다. 우선 형식적으로 법령·계약 등에 대한 위배여부가 임무위배의 판단기준이라는 입장을 생각할 수 있다. 법령과 계약은 행위자와 본인 간 관계를 규율하는 가장 기본적인 규범이다. 회사와 그 이사의 경우 그 관계에 대한 사법의 규정이 있고, 양자 간 계약이 체결된 경우도 있으므로 이를 준수하여야 한다. 또한 회사의 기본법인 정관과 그에 따라 제정된 내규를 준수하여야 한다. 정관, 내규 및 계약은 회사에 대한 관계에서만 준수가 요구되나, 법령은 회사 외에 사회일반에 대한 관계에서 준수가 요구된다. 이 입장에서는 이사의 행위가 상기한 법령·정관, 계약 등에 위반한 경우 임무위배를 인정하고, 준수한 경우 임무위배가 없다고 하게 된다. 이사의 행위가 실제로 본인인 회사에 불이익할 수 있다거나 손해를 발생하거나 그러한 위험이 있는가 여부는 임무위배여부 판단에서 고려의 대상이 되지 않고, 그것은 배임죄의 다른 요건에서 수행되어야 할 기능으로 이해한다. 예컨대 이하의 견해들은 그와 같은 입장을 잘 보여준다.

“배임죄의 배임행위 여부는 통상적인 업무집행의 범위를 벗어났는가에 의해 평가해야 하며, 회사에 실질적인 불이익이 되었는가 여부는 배임죄의 또 다른 구성요건요소인 손해나 손해 발생의 위험에 의해 판단되어야 하기 때문이다. 결국 법령이나 정관 등에서 규정하고 있는 업무의 범위를 이탈한 경우에는 그러한 행위가 회사에 이익을 주는가의 여부에 상관 없이 배임행위가 평가되어야 한다”⁶³⁵⁾

“임무위배행위를 이(=본인에게 재산상의 손해가 발생할 위험이 있는 행위)와 같이 파악하면...(중략)... ‘손해발생의 위험’이 있는지를 먼저 검토해야만 임무위배행위의 존부가 확정될 수 있”[어부당하다].⁶³⁶⁾

임무위배 여부를 법령, 정관, 계약과 같은 형식적 요소를 기준으로 판

635) 안경옥, “株金納入假裝行爲에 대한 형사처벌”, 형사법연구 제24호(2005년 겨울), 156-157면.

636) 황정인, “전환사채의 저가발행과 배임죄”, 한국형사판례연구회 2010년 4월 정기발표회 발표논문, 10면.

단하는 것은 임무위배 여부 판단과 결과를 절연시킴으로써 결과판단과 분리된 행위개념의 독자성을 강조할 수 있는 의의가 있다. 또한 형식적 판단이 주는 상대적 명확성도 이 견해의 장점일 수 있다. 그러나 법령, 정관 계약 등이 행위자와 본인 간의 관계를 언제나 빠짐없이 규율하기 어렵고, 현실에서 배임이 문제되는 사례는 이런 규율이 공백인 경우가 적지 않다. 또한 현실에서는 규율을 준수한 때에도 배임죄가 성립할 수 있는 사례⁶³⁷⁾가 많은데, 이런 경우 언제나 배임죄 성립을 부정하는 결과는 부당하며, 따라서 형식적으로 규율을 준수한 때에도 배임죄가 성립될 가능성을 열어놓을 필요가 있다. 그런데 법령, 정관, 계약 등을 위반한 경우에 임무위배행위로 인정되고 준수한 경우에도 실질을 고려하여 임무위배행위로 인정될 수 있다고 하게 되면, 형식적 판단을 배임죄를 인정하는 방향으로만 편면적으로 적용하는 것이 되어 피고인에게 오히려 불리한 결과가 초래될 수 있다. 그렇다면 법령, 정관, 계약을 위반한 경우에도 임무위배행위로 인정되지 않을 가능성을 열어두는 것이 반대의 예를 고려할 때 가혹하지 않아 보이고, 이것은 결국 임무위배행위 판단은 실질에 의할 필요가 있음을 의미하는 것으로 생각된다.

한편 법령등 형식적 기준의 위반여부가 언제나 명확하게 판단될 수 있지 않은 측면도 있다. 이를테면 이사가 회사에 대해서 준수하여야 하는 선관주의의무는 법령상의 의무이지만, 그 위반 여부를 판단하기 위해서는 실질을 고려하지 않을 수 없다. 이것은 선관주의의무라는 법령상의 기준 자체가 갖는 일반적 성격 때문에, 구체적 사안에 이를 적용함에 있어서는 실질에 대한 고려를 요하기 때문이다. 이러한 의미에서 앞서 임무위배를 위탁의 본지나 사무의 성질·내용에 대한 위배 등으로 정의하는 견해는, 이미 정의 자체에서 임무위배에 대한 형식적 판단을 관철하기 쉽지 않은 입장이라고 볼 수 있고 결국 이하와 같이 임무위배행위에 대한 실질적인 판단으로 귀결될 것으로 생각된다.

637) 예컨대 판례에서 문제된 사안으로서, 골프장 운영회사의 임원들이 이사회결의 등 적법한 절차에 따라서, 임원들에 한하여 자사 골프장을 무료로 이용할 수 있도록 내규를 개정하고, 그에 근거하여 골프장을 이용한 사례를 들 수 있다. 대법원은 내규의 제정경위 골프장 이용빈도 기타 경위에 따라서 배임죄가 성립하는 경우가 있을 수 있다는 입장이다.

“형식적인 법령 내지 절차 위반이 있었다 하여 이것만 갖고 곧바로 임무위배의 행위가 있었다고는 할 수 없고, 또 절차상으로는 아무런 잘못이 없다 하더라도 실질적으로 보아 회사에 현저한 불이익을 가져올 행위에 대하여는 단지 절차가 적법하게 행해졌다는 이유만으로 임무위배성을 부인할 수는 없다.” 638)

판례는 “배임죄에서 임무위배행위라 함은 형식적으로 법령을 위반한 모든 경우를 의미하는 것이 아니고, 문제가 된 구체적인 행위유형 또는 거래유형 및 보호법익 등을 종합적으로 고려하여 경제적, 실질적 관점에서 본인에게 재산상의 손해가 발생할 위험이 있는 행위를 의미⁶³⁹⁾” 한다고 하여, 역시 임무위배 여부를 실질적으로 판단하고 있는 입장으로 평가할 수 있다. 그렇다고 해서 임무위배행위의 실질적 판단이, 형식적인 규범위반이 임무위배행위 여부와 아무 연관도 없음을 의미하지는 않을 것이다. 형식적 규범의 위반 여부는 문제된 행위의 임무위배성을 긍정하는 하나의 유력한 단서가 될 수 있다. 그러나 어디까지나 단서일 뿐이므로 그 자체가 임무위배와 동일시될 수는 없고, 최종적 판단에는 다른 실질적 요소가 고려되어야 한다. 실질적인 요소가 고려된 임무위배행위 판단의 실체는 계속하여 후술할 판례에서 확인하기로 한다.

2. 판례의 검토

(1) 원칙 : 실질

① 형식기준 위반에 불구하고 임무위배를 부정한 사례

법령이나 정관 등 내규에 대한 형식적인 위반이 있음에도 불구하고 임무위배를 부정한 사안은 임무위배 판단기준에 관한 판례의 실질적 관점을 강하게 드러낸다. 특히 법령위반 사실에 불구하고 회사에 대한 임무위배를 부정하는 것은 이사의 법령위반 그 자체가 곧바로 이사의 채무불이행이라 판시하는 민사판결⁶⁴⁰⁾의 입장과 대비된다. 대법원은 “배임죄에

638) 김대휘·김신 편집대표, 주석형법[각칙6], 한국사법행정학회, 2017, 398면.

639) 대법원 2010.10.14. 선고 2010도387 판결 등.

640) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2003다69638 판결; 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004다41651, 41668(병합) 판결; 대법원 2007. 7. 26. 선고 2006다33685 판결 등. 법령위반

있어서 임무위배행위라 함은 형식적으로 법령을 위반한 모든 경우를 의미하는 것이 아니고, 문제가 된 구체적인 행위유형 또는 거래유형 및 보호법익 등을 종합적으로 고려하여 경제적 실질적 관점에서 본인에게 재산상의 손해가 발생할 위험이 있는 행위를 의미한다” 라고 분명하게 판시한다.⁶⁴¹⁾

1) 법령위반

법령위반에 불구하고 다른 사정을 고려하여 임무위배행위성을 부정한 판례로는 대법원 2007. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체판결을 들 수 있다. 여기서는 이사회 의사결의가 상법상 정족수에 미달한 위법 및 그에 따라 이사회결의가 무효임에도 후속 전환사채 발행절차를 강행한 상법위반행위가 배임죄의 임무위배행위인가가 문제되었다. 대법원은 배임행위 여부가 실질에 의하여 판단된다는 일반론을 실시한 후, 사안의 전환사채 발행이 주주배정방식이어서 회사에 손해가 발생했다고 보기 어렵고 이사회 의사결의가 회사의 내부적 의사결정에 불과하므로 신주발행 효력에 영향이 없는 점 등을 들어 재산보호의무위반으로서 배임죄의 임무위배라고는 볼 수 없다고 판시하였다.⁶⁴²⁾ 한편 이사의 행위가 문제되지 않는 않지만 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010도387 판결(이른바 론스타 사건)은 비금융주력자를 원칙적으로 은행법시행령 제8조 제2항의 적용대상에서 제외하는 은행법 제16조의2의 규정에 위반하여 론스타에게 국내은행을 매각한 사안에서, 임무위배행위 여부는 형식적인 법령위반이 아닌 실질에 의하여 판단된다는 일반론을 실시한 후 은행매각결정이 위 법령에 위반하였더라도 다른 사정을 고려할 때 임무위배행위라고 할 수 없다고 판시하여, 역시 임무위배의 성립을 부정한 원심판결⁶⁴³⁾을 유지하고 있다.⁶⁴⁴⁾

이 인정되는 경우 이들 판례는 이사의 책임판단에 있어서 경영판단 원칙의 적용도 배제한다.

641) 이하 본문에 소개한 2007도4949 판결 및 2010도387 판결 모두 그러하다.

642) 판결의 상세한 사실관계는 오영근, “신주 등의 저가발행과 배임죄의 성립 여부”, 한국 형사법학의 이론과 실천, 박영사, 2010(이하 “신주 등의 저가발행과 배임죄의 성립 여부”), 522면 이하 참조.

643) 서울고등법원 2009. 12. 29. 선고 2008노3201, 2008노3330(병합)

644) 그 밖에 새마을금고법상 동일인 대출한도 규정에 위반한 대출행위의 배임죄 성립을 부정한 대법원 2006. 6. 19. 선고 2006도4876 전원합의체판결 역시 형식적인 법령위

2) 정관 등 내규위반

정관 등 내규에 위반한 행위에 대해서도 다른 실질적 사정을 고려하여 임무위배행위를 인정하지 않은 사안이 보인다. 대법원은 2008. 2. 14. 선고 2007도7716 판결에서, 신용불량자로 등록되어 있어 추가대출이 불가능함에도 연체대출금이 모두 변제된 것처럼 전산조작을 하여 부정대출을 해주었다는 업무상배임죄의 공소사실에 대해서, 이로 인하여 결과적으로 회수한 채권이 더 많아졌다면 계산상 대출금융기관에 손해가 아닌 이익이 되었다고 볼 여지가 있으므로 이 부분 유죄를 인정한 원심에 배임죄의 고의와 임무위반행위의 성부에 관한 법리를 오해한 심리미진의 위법이 있다고 하여 원심을 파기환송하였다.

또한 대법원은 1987. 4. 4. 선고 85도1339 판결에서, 담보물에 대한 대출한도액을 초과하여 대출하거나 담보로 할 수 없는 물건을 담보로 하여 대출하였다 하더라도 그 대출에 따른 물적, 인적담보를 확보하여 그렇게 대출한 것이 회수할 수 없는 채권을 회수하여 실질적으로 은행에 이익이 되고 그것이 통상적인 업무집행범위에 속하는 것으로 용인될 수 있는 것이라면 임무위반행위라고 볼 수 없다고 판시하고, 이후 판결⁶⁴⁵⁾도 같은 태도를 유지하고 있다.

② 형식기준 준수에 불구하고 임무위배가 문제된 사례

1) 법령준수

임무위배를 실질적으로 판단하면, 역으로 이사가 법령이나 정관을 준수하여 행위했다고 하더라도 그것만으로 곧바로 임무위배가 부정된다고 할 수 없음은 물론이다. 따라서 판례는 앞서 기술한 사례들과는 반대로 결과적으로 이사의 임무위배행위가 부정되는 사안에 있어서 이사가 법령이나 정관 등 형식적 기준에 합치하도록 행위하고 있는 경우에도, 법령 등 기준을 준수했다는 사실만으로 바로 임무위배를 부정하지 않고 그 외에 다른 구체적 사정을 종합하여 실질적인 판단을 수행한다.

이사가 법령에 따라 행위하였음에도 배임행위의 성부가 문제된 사례로

반이 있음에도 배임행위성을 부정한 판결이다. 다만 이 판결의 설시의 문제점은 제 4장에서 후술한다.

645) 2008. 2. 14. 선고 2007도7716 판결

는 대법원 2013. 6. 13. 선고 2011도524 판결을 들 수 있다. 이 판결은 이른바 LBO에서 인수자인 특수목적법인(SPC)이 회사를 인수한 후 인수를 위해 부담한 대출금채무 변제의 재원을 조달하기 위해서, 피인수회사의 이사가 된 피고인들이 그 임무에 위배하여 상법상 유상감자와 배당을 통해 주주인 SPC에게 재산상의 이익을 취득하게 하였다는 공소사실에 관한 것이다. 대법원은 피고인들의 행위가 우리 헌법과 상법 등 법률이 보장하는 사유재산제도, 사적 자치의 원리에 따라 주주가 갖는 권리의 행사에 따른 결과에 불과하다고 실시하면서 배임행위성을 부정한 원심판결을 유지하여 피고인의 무죄를 확정하였다. 사안에서 유상감자 및 배당은 상법규정에 따른 것이기 때문에 형식적 법령준수여부를 기준으로 하는 입장에 의하면 다른 사정에 관한 고려 없이 배임행위성이 부정될 것이다. 그러나 이 판결은 법률규정의 준수 외에 다른 실질적 사정들을 고려하고 있으므로, 단순히 형식적 기준을 채택한 판례라고 말하기는 어렵다.

2) 내규 및 내부절차 준수

이사가 내규에 따라 행위했음에도 배임행위의 성부가 문제된 사례로는 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도522 판결을 들 수 있다. 이 판결은 골프장 운영회사의 대표이사 또는 이사인 피고인들이 그 임무에 위배하여 동 회사가 운영하는 골프장에서 골프를 치고 동 회사의 ‘회원예우에 관한 규정’에 의하여 그 비용의 전부 또는 일부를 면제받음으로써 피고인들에게 이익을 주고 A회사에 손해를 가하였다는 공소사실에 관한 것이다. 원심은 공소사실을 그대로 인정하여 피고인들에게 배임행위를 인정하는 전제에서 유죄를 선고하였다.

그러나 대법원은 그러한 규정의 제정 및 개정의 시기, 동기, 경위, 절차, 업계의 관행, 규정상 비용면제의 범위 및 정도의 객관적 합리성과 피고인들이 실제로 면제받은 시기, 빈도, 액수, 이용경위 및 태양, 경영상태 등을 종합적으로 판단하여야 한다고 실시하고 원심판결을 파기환송하였다. 이 판결은 항소심에 추가적 판단을 맡기고 있기 때문에 임무위배성을 종국적으로 부정하거나 내규준수 행위에 대해서 임무위배가 성립할 수 없다는 취지가 아님은 명확하다. 다만 판례는 임무위배행위성과 배임의 고의를 분리하지 않고 함께 묶어 판단하고 있다.

또 다른 판결로 대법원 2008. 5. 29. 선고 2005도4640 판결은, 회사에 대하여 실질적 영향력을 지니고 있는 이사 등이 그 영향력을 행사하여 그와 특수관계에 있는 회사 등이 보유한 제3의 회사가 발행한 비상장주식 등을 회사로 하여금 취득하게 한 경우에 이사회 결의 등 회사 내부의 의사결정 과정을 거쳤다고 하더라도 그 거래의 목적, 계약체결의 경위와 내용, 거래대금의 규모와 회사의 재무상태 등 제반사정에 비추어 회사의 경영상 필요에 의한 정상적인 거래로 볼 수 있는 한계를 넘어 특수관계자의 개인적 이익을 위한 것에 불과한 경우에 그러한 거래행위는 임무위배행위에 해당한다고 설시하고, 계약의 내용을 계약당사자인 회사가 아닌 그룹 구조본이 결정하여 하달하고 거래과정에서 당사자인 회사의 이익을 고려하는 절차를 제대로 거치지 않은 점, 계약 당사자인 회사에 문제된 거래행위를 하여야 할 경영상 필요나 그로 인한 이익이 없었던 점 등을 고려할 때 피고인의 행위가 주식 매도인에게 현금유동성을 확보해주는 등 다른 이익을 추구하기 위한 수단에 불과하여 임무위배행위에 해당한다고 판시하였다.

(2) 형식적 기준을 취했는가가 문제되는 사례들

몇몇 판례의 경우 임무위배행위를 형식적 기준에 의해서 판단한 것처럼 보이는 것이 있다. 다만 실제 그러한가에 대해서는 논의의 여지가 있다.

① 법령위반이 문제된 사례

판례⁶⁴⁶⁾는 이사의 민사상 손해배상책임에 있어서는 이사의 법령위반과 그 외 행정규칙이나 회사의 정관·내규상의 단순한 의무위반을 구별하여, 법령위반이 있는 경우에는 다른 사정의 검토 없이 그 자체로 이사의 채무불이행을 긍정하고 있다. 만약 배임죄의 임무위배행위 판단에 이를 수용하면, 이사가 법령을 위반하면 그 자체로 다른 실질적 사정에 대한 고려 없이 임무위배행위를 인정하게 될 것이다.

646) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2003다69638 판결; 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004다41651, 41668(병합) 판결; 대법원 2007. 7. 26. 선고 2006다33685 판결 등. 법령위반의 경우 경영판단 원칙의 적용도 배제한다.

우선 법령위반이 문제된 사안으로서 대법원 2008. 6. 19. 선고 2006도 4876 전원합의체 판결을 들 수 있다. 이 판결은 甲새마을금고의 이사장 甲, 상무 乙, 부장 丙이 각 구 새마을금고법의 동일인 대출한도에 관한 규정을 위반하여, 甲, 乙은 25명에게 총 90회에 걸쳐, 丙은 22명에게 총 67회에 걸쳐 각 동일인 대출한도를 초과한 금액을 대출함으로써 甲새마을금고에 손해를 가하였다는 공소사실로 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)죄 및 새마을금고법위반죄로 기소된 사안에 관한 것이다.

대법원은 금융기관의 임·직원이 대출규정을 위반하여 대출함으로써 그 임무에 위배되는 행위를 하였더라도, 그 대출행위를 업무상배임죄로 처벌하려면 그로 인하여 금융기관에 현실적인 손해가 발생하였거나 재산상 실해 발생의 위험, 즉 경제적 관점에서 재산상 손해가 발생한 것과 사실상 같다고 평가될 정도의 위험이 발생하였다고 판단되어야 한다는 법리를 설시하고, 사안에서 동일인 대출한도 초과대출이라는 임무위배의 점에 더하여 대출 당시의 대출채무자의 재무상태, 다른 금융기관으로부터의 차입금, 기타 채무를 포함한 전반적인 금융거래상황, 사업현황 및 전망과 대출금의 용도, 소요기간 등에 비추어 볼 때 채무상환능력이 부족하거나 제공된 담보의 경제적 가치가 부실해서 대출채권의 회수에 문제가 있는 것으로 판단되는 경우에 비로소 재산상 손해가 발생하였다고 보아 업무상배임죄가 성립한다고 하면서, 동일인 대출한도를 초과하여 대출함으로써 새마을금고법을 위반하였다고 하더라도 대출한도 제한규정 위반으로 처벌함은 별론으로 하고 그 사실만으로 특별한 사정이 없는 한 업무상배임죄가 성립한다고 할 수 없다고 하여 이 부분 판결을 파기환송하였다.⁶⁴⁷⁾

위 판례의 설시 중 “대출규정을 위반하여 대출함으로써 그 임무에 위배되는 행위를 하였더라도” 부분과, “동일인 대출한도 초과대출이라는

647) 이 판결 이전에 대법원 1984. 9. 25. 선고 84도1436 판결 및 대법원 2001. 11. 30. 선고 99도4587 판결은, 신탁 이사장이 제3자의 이익을 도모하여 소정의 대출한도액을 초과하여 대출하거나 금지된 비조합원에게의 대출을 하여 조합에 손해를 가한 때에는 여신위원회의 결의가 있었다거나 회수 가능여부에 관계없이 배임죄가 성립한다고 판시한바 있다.

임무위배의 점에 더하여” 부분은 대법원이 사안에서 임무위배를 인정하였음을 알 수 있게 하는 부분이다. 대법원은 새마을금고법상 대출규정위반 외에 행위시의 다른 실질적 사유들, 즉 전반적인 금융거래상황, 사업현황 및 대출금의 용도 등은 재산상의 손해를 판단하는 사정으로 판시하고 있고, 임무위배의 근거로는 오직 대출규정을 위반한 점만을 들고 있기 때문에 이 사건에서 임무위배 판단에서는 법령위반이라는 형식적인 기준을 취한 것으로 볼 여지가 있다. 재산상 손해를 손해발생의 위험과 동일하게 볼 경우, 즉 배임죄를 위험범으로 파악하는 경우에는 일단 배임행위 자체가 존재하면 손해발생 여부와 관계없이 배임죄 기수를 인정하게 될 가능성이 있다.⁶⁴⁸⁾⁶⁴⁹⁾ 이는 기존 판례의 입장이기도 한바, 이 판례는 배임행위 존재를 긍정하면서도 배임죄 성립을 부정함으로써 기존 판례에 보이는 배임죄의 위험범적 해석에서 탈피하고 있는 점에서 긍정적으로 평가할 만하다.

그러나 판례의 결론은 배임죄의 미수처벌규정과 관련하여 의문이 있다. 우리형법은 독일법과 달리 배임죄의 미수를 처벌하기 때문에 배임행위가 인정되지만 재산상 손해가 발생하지 않은 경우에는 배임죄의 미수로 처벌하여야 하는 것이 아닌가 하는 부분이다. 결론에 있어서 이 판례의 판단은 타당하다고 보이지만, 논리구성에 있어서 배임행위이지만 손해의 결과가 발생하지 않았다는 입론보다는 사안에서 사업현황, 금융거래상황 및 대출금의 용도 등 실질적 요소를 종합할 때 배임행위가 성립하지 않는다고 하여 배임죄 성립을 부정함이 우리 배임죄에 부합하는 해석일 것이다. 또한 이렇게 해석하는 것이 뒤에 검토할 우리 판례의 경향, 즉 배임행위 여부 판단에 있어서 법령이나 내규 등 형식적 기준 위

648) 최준혁, “배임죄에서의 재산상 손해”, 형사법의 쟁점과 판례(우리형사판례연구회 편), 법문사, 2009, 390면. 보다 최근의 문헌으로 최준혁, “부실대출에 의한 배임죄에서의 이득액 계산”, 2019.7.15. 형사실무연구회 발표문 참조.

649) 위 판결에서 대법관 안대희의 보충의견은 이를 지적한다. “배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자의 임무위배행위와 이로 인하여 ‘본인에 재산상 손해를 가할 것’을 구성요건으로 하는바, 새마을금고 임·직원의 동일인 대출한도 초과대출행위를 배임죄로 처벌하는 경우에 단순히 그 초과대출행위가 있었다는 사실만으로 다른 회원들의 대출기회를 박탈하는 등의 재산상 손해가 발생하였다고 보고 본인에 대한 재산상 손해 발생의 위험성을 따져보지 않는다면, 이는 대출한도초과의 임무위배행위만으로 손해 발생과 관계없이 배임죄가 성립된다는 것이나 마찬가지로 볼 여지가 있어 죄형법정주의의 원칙에 반할 우려가 있다.”

반여부 외에 실질적 요소를 고려하고 있는 판례의 일반적인 경향에도 보다 합치할 수 있다.

실제로 대법원은 위 판결 후 경영권 승계목적 전환사채 저가발행행위의 배임죄 성부에 관한 전원합의체판결에서, 배임행위 여부는 형식적 법령위반이 아닌 실질적인 사정을 고려하여 판단하여야 한다고 하면서 이 판례를 선례로 명시하고 있다.⁶⁵⁰⁾ 따라서 이 판례의 문구에 불구하고 대법원은 임무위배행위를 부정할 의도이었음이 명확해 보인다. 하지만 그렇다면 임무위배행위 존재를 인정하듯한 설시는 명백히 잘못된 것이다.⁶⁵¹⁾

같은 오류는 위 판결 이전의 대법원 2007. 6. 15. 선고 2005도4338 판결에서도 나타난바 있다. 이 판결은 재건축조합의 임원인 피고인들이 임직원에 대한 급여를 조합의 보수규정에 의해 지급하도록 한 정관규정에 따라 보수를 지급하여야 할 업무상 임무에 위반하여, 조합설립인가 전으로서 아직 조합원총회의 결의를 거친 정관 규정이 없었음에도 전국 재건축연합회의 급여규정 및 다른 재건축조합들의 상근자의 보수지급실태 조사결과에 따라 보수를 지급하여 재산상 이익을 취득하게 하였다는 공소사실로 업무상배임으로 기소된 사안에 관한 것이다.

대법원은 보수규정이 없는 상태에서 전국 재건축연합회나 다른 재건축

650) 대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체 판결의 해당 부분은 아래와 같다; “(2) 전환사채 발행을 위한 이사회 결의가 정족수 미달로써 무효임에도 전환사채 발행절차를 진행한 것이 배임죄에서의 임무위배에 해당하는지 여부에 관하여 본다. 배임죄에 있어서 임무위배행위라 함은 형식적으로 법령을 위반한 모든 경우를 의미하는 것이 아니고 문제가 된 구체적인 행위유형 또는 거래유형 및 보호법익 등을 종합적으로 고려하여 경제적 실질적 관점에서 본인에게 재산상의 손해가 발생할 위험이 있는 행위를 의미한다(대법원 2008. 6. 19. 선고 2006도4876 전원합의체 판결 등 참조)”.

651) 이를 지적하는 대법원 재판연구관의 문헌으로 유현종, “동일인 대출한도 초과대출과 배임죄의 성부”, 서울대학교 BFL 제36호, 2009. 7. 90면 참조. 서술의 일부를 인용하면 다음과 같다. “이러한 판시는 동일인 대출한도 초과대출행위는...(중략) 단순 법령위반행위일 뿐 배임죄에서의 임무위배행위가 아니라는 점을 밝힌 것이라고 할 것이다. 물론 위 판시 중에는 동일인 대출한도 초과대출행위 자체가 임무위배행위인 것처럼 오인할 만한 표현이 있기는 하지만 이는...불량대출에 해당하는 경우에 한하여 업무상 배임죄가 성립한다는 점을 강조하는 과정에서 나온 표현상의 착오라고 보는 것이 타당하다고 본다.”

조합들의 보수지급실태조사에 따라 보수를 지급한 피고인들의 행위가 임무위배행위로서 업무상 배임죄가 인정한다고 판단한 원심판결에 대하여, 임무위배행위를 인정한 원심 판단을 수긍⁶⁵²⁾하면서도 손해가 발생했다고 단정할 수 없음을 들어 피고인들에게 업무상 배임죄를 인정한 원심판결을 파기환송하였다.

그러나 우리 형법상 임무위배행위가 있으나 재산상 손해가 발생하지 않은 때에는 배임죄의 미수가 성립한다. 조합에서 근무한 임직원에게 다른 합리적인 예에 따라 급여를 지급한 행위에 대해 배임죄를 부정하기 위해서는, 손해의 부정이 아닌, 임무위배행위의 존재 자체를 부정하여야 한다.

이상의 검토로부터, 결국 우리 판례는 임무위배를 실질적으로 판단하고 있다는 결론을 확실히 할 수 있다. 그렇다면 실질의 내용이 무엇인가가 문제될 것이다.

II. ‘실질’의 내용

1. 학설의 논의 : 배임행위 일반 및 모험거래

(1) 배임행위 일반 : ‘불이익’, ‘손해’, ‘이익취득’과의 실질적 관련성

임무위배행위 판단을 실질에 의하여야 한다면, 다음 단계로 그 실질이 무엇인가가 문제된다. 앞에서 실질에 의한 판단을 주장한 견해⁶⁵³⁾에서는 임무위배행위의 판단기준에 관하여 ‘실질적으로 보아 회사에 현저한 불

652) 위 판결 중 해당 설시부분을 인용하면 다음과 같다.

“1. 임무위배행위 및 공모의 점에 대하여 원심은, 그 판시와 같이 ...(중략)..., 피고인들이 조합설립인가 후 조합원총회를 개최하여 그 결의로써 임원 및 유급직원의 보수규정을 제정한 다음 이에 의거하여 보수를 지급하여야 할 임무가 있음에도, 그러한 절차를 거치지 않고 이 사건 범죄일람표 기재 상근임원과 유급직원(이하 ‘이 사건 임직원’이라 한다)에게 보수를 지급한 행위는 피고인들의 공모에 의한 임무위배행위에 해당한다고 판단하였다. 기록에 비추어 보면, 원심의 이러한 판단은 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 업무상 배임죄의 임무위배행위 또는 공동정범에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.”

653) 주 638의 견해(김대휘·김신 편집대표, 주석형법[각칙6], 한국사법행정학회, 2017, 398면.)

이익을 가져올 행위’ 라는 표현을 사용하고 있다. 여기에서 ‘실질적으로 보아’ 라는 표현은 동어반복적 표현으로서 제외하고, 그 외 ‘불이익’ 이라는 표현과 관련하여 이것이 재산상의 손해와 어떤 관계에 있는가⁶⁵⁴⁾, 또한 ‘현저한’ 불이익으로 제한하는 취지는 무엇인가⁶⁵⁵⁾, 그리고 불이익을 ‘가져올’ 행위라는 표현은 임무위배행위가 갖는 법익침해의 가능성 또는 위험성과 어떤 관계에 있는가⁶⁵⁶⁾ 등이 세부적으로 검토될 수 있을 것으로 생각된다. 그러나 이 견해를 주장한 문헌 자체에는 그 내용에 관하여 더 이상의 언급은 없다.

또한 임무위배행위에 재산상 손해발생의 가능성이 있어야 함을 전제하는 견해도 보인다. 예컨대 임무위배행위에 관하여 서술하면서, “재산상 손해발생 가능성이 없는 경우에는 배임죄가 성립하지 않는다” 는 판례를 인용하는 견해가 그러하다.⁶⁵⁷⁾

한편 우리 배임죄는 형법 및 특경가법의 입법자가 거듭 확인하였듯 횡령죄와 본질을 같이하는 범죄이고, 대법원 판례에 의할때 가중처벌 요건인 이득액 자체가 구성요건이기 때문에⁶⁵⁸⁾ 이득죄로서 배임죄의 본질을 주시하는 견해가 다수 주장되고 있다.⁶⁵⁹⁾ 이러한 견해들에서는 임무위배행위가 갖는 이득행위, 즉 재산이전행위의 성격이 고려될 수 있다.⁶⁶⁰⁾

(2) 모험거래 : 업무집행의 통상성 및 본인의 추정적 승낙

654) 예컨대 ‘손해’ 와 ‘불이익’ 의 개념상 차이는 무엇인가, 비재산적 이익이나 불이익이 임무위배 판단에 고려되는가 등이 문제될 수 있다.

655) 예컨대 배임죄의 구성요건에서 임무위배를 ‘중대한’ 임무위배로 제한하는 해석 또는 손해의 개념을 ‘중대한’ 손해로 제한하는 해석과 연결될 수 있는가 문제될 수 있다. 한편 위 견해가 본인을 ‘회사’ 에 한정할 점에 주목하면, 이사가 갖는 일정한 행위재량을 강조하는 의미일 수도 있다.

656) 예컨대 무효행위 등이 불이익을 가져올 수 있는 행위인가가 그 임무위배행위성 여부와 연결될 수 있다.

657) 오영근, 앞의 책(주 573), 379면.

658) 상세는 신동윤, 앞의 글(주 567), 295면 이하.

659) 예컨대 이주원, 앞의 글(주 550), 54-59면.

660) 반면에 설민수, 앞의 글(주 574), 293면은 배임죄에 대한 법원의 그간의 운용사례를 보면, 손해 개념이 완화되어 있어 임무위배행위는 이득행위라기보다 오히려 ‘공정성을 해하는 행위’ 에 가깝다는 취지이다. 그러나 그러한 사실상의 경향은 별론으로 하고, 결과로서 이득과 손해 요건이 포기되지 않는 이상, 이를 완화하여 해석한다고 해서 실행행위의 본질이 이득행위에서 공정성을 해하는 행위로 변질된다고 보기 어렵다.

학설 중에는 모험거래에 관한 논의에서 ‘통상의 업무집행’ 기준과 ‘추정적 승낙’을 임무위배행위성의 판단기준으로 제시하는 것이 적지 않다. 예컨대 “거래가 통상의 거래의 관행을 벗어나지 아니하고 본인의 추정적 승낙이 있다고 인정될 때에는 배임행위가 될 수 없다”⁶⁶¹⁾거나 “거래가 정상적인 사무처리범위 내에 속하는지의 여부, 본인의 추정적 승낙이 있는지 여부 및 기타의 상황을 종합적으로 고려하여 결정해야 한다”⁶⁶²⁾, “거래의 범위·형태·방법을 정한 내부관계 및 거래의 관행에 비추어 판단해야 한다”⁶⁶³⁾ “다소 모험적 행위라 할지라도 통상의 업무집행의 범위 안에서 이루어진 경우에는 배임행위로 볼 수 없다...(중략)... 또한 사무처리에 관하여 본인(피해자)의 동의가 있으면 배임행위가 성립할 여지가 없다”⁶⁶⁴⁾는 견해가 그것이다.

이처럼 여러 학설에서 ‘추정적 승낙’이 기준으로 제시되는바, 추정적 승낙은 보통 위법성조각사유로 논의되는 반면에 배임죄에서 본인의 승낙은 배임죄에서 본인과 행위자 간 신임관계가 갖는 개별성이라는 측면에서 위법성조각사유이기 이전에 구성요건과 밀접한 연관이 있으므로, 추정적 승낙 외 다른 용어로 표현하는 것도 가능하다고 본다.⁶⁶⁵⁾ 이하에서 살펴보듯 판례는 행위자가 이사인 사례에서 임무위배행위의 기준으로 회사의 입장에서 의 허용가능성을 제시한바 있다. 회사의 경우 자연인과 달리 직접 본인에 의한 의사표현이 불가능하고 기관의 결의나 의사를 곧바로 회사의 의사로 의제하기 어렵기 때문에 회사에서 본인의 의사는 통상 추정적 승낙의 형태로 문제되고, 이것은 회사의 입장에서 의 용인가능성과 실질적으로 동일한 의미가 될 수 있을 것이다.

상기한 모험적 거래의 논의 외에 학설에서는 임무위배행위 여부 판단에 있어서 일반적 기준에 관한 논의보다는, 판례가 배임죄를 인정한 사례군을 유형화하거나 특정 주제나 사례에 대한 배임행위성 여부를 논의

661) 이재상·장영민·강동범, 앞의 책(주 589), 429면(장래의 손해의 가능성이나 위험이 이익의 기대에 의하여 제거된다고 보아야 하기 때문이라고 한다.)

662) 오영근, 앞의 책(주 573), 381면.

663) 임웅, 형법각론(제9정판), 법문사, 2018, 529면; 이영란, 형법학 각론강의(개정판), 2010, 410면; 내부관계에서 금지여부 및 사무의 성질·내용을 고려하여야 한다는 견해로 정성근·박광민, 형법각론(제3판), SKKUP, 2019, 430면.

664) 이형국·김혜경, 형법각론(제2판), 법문사, 2019, 490면.

665) 양해는 현실적으로 존재하여야 하므로 여기에 적절하지 않다고 보인다.

하는데 보다 중점을 두고 있는 것으로 보인다.

(3) 그 밖의 논의

최근 들어 학설 중 일부에서는 이른바 경영판단과 관련하여 논의되는 정보의무 개념을 배임죄의 임무해석에서 도출하려는 시도도 나타난다.⁶⁶⁶⁾ 대법원은 이른바 경영판단과 관련한 설사에서 “경영자가 아무런 개인적인 이익을 취할 의도 없이 선의에 기하여 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 결정” 한 경우에 배임죄의 형사책임을 묻지 않도록 배임의 고의를 엄격하게 해석하여야 한다고 판시한바 있다. 그러나 판례에 대해 이 견해는 재산보호의무를 구성하는 정보의무는 고의의 추단요소가 아닌 고의의 인식대상이라는 점에서 판례를 비판하고, 정보의무 위반을 이사의 행위의 임무위배행위성을 판단하는 주요 기준으로 이해한다. 이 견해는 경영판단이 아닌 배임죄의 임무에서 직접 정보의무 도출을 모색하는 점에서, 정보의무를 경영판단 차원을 넘어 배임죄 일반에서 임무의 실질을 구성하는 개념으로 확장할 가능성이 열려 있다.

2. 판례의 검토

판례는 ‘이것이 임무위배행위의 판단기준이다’ 라고 명시하지 않지만, 간접적으로 판단기준을 제시하고 있는 것들이 보이고 있다. 이러한 판례들을 일응의 유형에 따라 구분하면 아래와 같은 것들이 있다. 각 유형을 소개하면서 간략한 평가도 덧붙이기로 한다.

(1) 행위자 등의 이익취득 또는 본인의 손해발생과 연관성

① 본인의 손해발생과 연관

일부 판례는 ‘손해를 입지 않도록 하여야 할 업무상 임무’ 같은 표현을 사용하는바, 본인에게 손해를 발생시키는 점에서 임무위배행위의 실

666) 임철희, “경영판단과 배임고의- 그 ‘법리’의 오용, 남용, 무용”, 형사법연구 제30권 제2호, 한국형사법학회, 2018, 271면 이하.

질을 찾고 있음이 간취된다. 이러한 표현에 의하면 행위자 또는 제3자에게 이익이 취득될 가능성이 있는 행위인가와 무관하게, 손해를 입히기만 하면 그 사실로부터 곧바로 임무위배행위성이 인정될 여지가 있다.

“비상장주식인 OO방송 주식은 유동성이 적으므로 피해자 2 주식회사가 특별한 이유 없이 외부차입을 일으켜 유동성이 적은 주식을 매수하는 경우 매수금액 상당의 현금유동성을 포기하는 결과가 될 수 있어 그에 상응하는 정도의 손해가 발생할 수도 있으므로 매매가격에 대한 실질적인 흥정 과정을 거치는 등의 조치를 취하고 평가기관에 의한 공정한 평가를 받도록 하는 등 피해자 2 주식회사 사이 정상적으로 운영되고 그 매수로 인해 손해를 입지 않도록 하여야 할 업무상 임무가 있음에도 이에 위배하고, 원심 공동피고인은 이에 적극가담하여, 이사회 결의조차 거치지 아니하고, 2002. 4. 8. 원심 공동피고인 명의의 OO방송 주식 440,000주를 피해자 2 주식회사로 하여금 7,652,180,000원에 매수하게 하고, 2002. 4. 10. 원심 공동피고인이 공소의 2 명의를 빌려 소유한 OO방송 주식 20,000주를 피해자 2 주식회사로 하여금 347,820,000원에 매수하게 하여 합계 금 80억 원에 매수하게 함으로써 원심 공동피고인으로 하여금 동액 상당의 현금유동성 취득으로 인한 이익과 함께 적정한 거래가격보다 고평가된 가액에 그 주식을 매도함에 따른 액수 미상의 재산상 이익을 취하게 하고(이하 생략)” 667)

다른 판례로 회사재산 사용이 ‘회사의 이익’에 반하므로 회사에 대한 임무위배행위가 된다고 판시한 것이 있다.

“종업원지주제도는 회사의 종업원에 대한 편의제공을 당연한 전제로 하여 성립하는 것인 만큼, 종업원지주제도 하에서 회사의 경영자가 종업원의 자사주 매입을 돕기 위하여 회사자금을 지원하는 것 자체를 들어 회사에 대한 임무위배행위라고 할 수는 없을 것이나, 경영자의 자금지원의 주된 목적이 종업원의 재산형성을 통한 복리증진보다는 안정주주를 확보함으로써 경영자의 회사에 대한 경영권을 계속 유지하고자 하는 데 있다면, 그 자금지원은 경영자의 이익을 위하여 회사재산을 사용하는 것이 되어 회사의 이익에 반하므로 회사에 대한 관계에서 임무위배행위가 된다.” 668)

667) 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도856 판결.

이러한 판시를 일반적으로 확장하면, 회사의 ‘이익’으로서 비재산적 이익도 고려될 수 있는가가 문제된다. 또한 회사의 이익에 반한다는 의미를 회사에 ‘불이익’이 될때 임무위배행위로 된다고 이해하면, 그 불이익에 재산상 손해 외 비재산적 불이익이 고려되는가도 문제될 수 있다.⁶⁶⁹⁾

한편 아래 판례는 자사주의 외상매각 행위와 관련하여 회사에게 손해를 발생시키는 측면에서 임무위배행위의 실질을 찾는다. 여기서는 ‘재산상 손해발생을 방지할 임무’라는 표현을 사용하는바, 이하 언급될 다른 판례가 “‘회사에 최선의 이익’이 되도록 직무를 수행하여야 할 선관주의의무”의 위반이라고 설시하는 것과 표현상 차이가 있음도 주목된다.

“피고인 000, 000은 코스닥 상장회사인 00000의 재산상 사무를 처리하는 자들로서 회사의 자산인 자사주를 매각함에 있어서, 장내에서 시장 가격에 따라 매각을 하거나, 장외매각을 하더라도 통상의 쌍무계약에 있어서 동시이행의 원칙에 따라 대금 전부를 받으면서 주식을 인도하여야 하고, 설령 주식을 먼저 인도하는 경우라도 잔대금의 이행에 관한 상당한 담보를 확보하는 등 재산상 손해 발생을 방지할 임무가 있음에도, 2011. 5. 4.로 예정된 임시주주총회와 관련하여 주주확정을 위한 주주명부 폐쇄일(2011. 4. 6.)이 다가오자 자신들의 경영권 방어를 위한 우호 지분을 확보하기 위한 목적으로 계약금만 일부 수령한 채 위와 같이 자사주들을 매각함으로써 000 등에게 재산상 이익을 취득하게 하고 00000에 손해를 가하였으므로, 피고인 000, 000의 고의 내지 불법 이득의 의사가 인정된다 할 것이다.” ⁶⁷⁰⁾⁶⁷¹⁾

668) 대법원 1999. 6. 25. 선고 99도1141 판결.

669) 또한 이 판시는 회사의 이익에 반하는 회사재산 사용행위를 객관적 요건으로 규정한 프랑스 회사재산남용죄 구성요건을 연상시킨다. 프랑스 파기원은 ‘회사의 이익’에 반하는가 여부의 판단을 회사가 ‘노출되어서는 안되는 손해발생의 위험에 노출되는가’에 의하고 있고, 여기서의 위험에 법적 제재의 위험도 포함시키고 있다.

670) 대법원 2013.3.28. 선고 2012도16281 판결, 원심 서울고등법원 2012. 12. 13. 선고 2012노2246 판결.

671) 위 판결의 원심인 서울고등법원 2012. 12. 13. 선고 2012노2246 판결에 설시된 피고인의 임무는 다음과 같다. “피고인 000, 000은 코스닥 상장회사인 00000의 재산상 사무를 처리하는 자들로서 회사의 자산인 자사주를 매각함에 있어서, 장내에서 시장 가격에 따라 매각을 하거나, 장외매각을 하더라도 통상의 쌍무계약에 있어서 동시이행의 원칙에 따라 대금 전부를 받으면서 주식을 인도하여야 하고, 설령

② 행위자 등의 이익취득과 연관

이하 판결에서 보이듯, 행위자 등의 이익취득을 고려하는 판례 중에는 행위자가 ‘이익을 취득할 의도’를 임무위배행위의 실질에 연결짓는 것이 있다. 아래 설시에서는 ‘이익을 취득할 의도’와 고의의 관계가 명시되어 있지 않으나, 이익취득을 객관적 요건으로 하는 우리 배임죄에서 이것은 ‘고의’를 구성한다고 볼 여지가 있다.

“이사는 회사에 대하여 법령과 정관의 규정에 따라 성실하게 회사에 최선의 이익이 되도록 직무를 수행하여야 할 선관주의의무 내지 충실의무를 부담하는 것이므로, 회사에 필요한 물품을 납품받음에 있어 할인된 가격으로 납품가격을 정할 수 있었음에도 납품과정에서 자신이 이익을 취득할 의도로 납품업자에게 가공의 납품업체를 만들게 한 뒤 그 납품업체로부터 할인되지 않은 가격으로 납품을 받았다면 이는 회사와의 신임관계를 저버리는 행위로서 임무에 위배하는 행위라고 할 것이고, 다만, 구체적 사정에 비추어 할인받을 수 있는 가격을 특정할 수 없는 등의 특별한 사정이 있다면 이사가 취득한 이익 전체를 회사에 발생한 재산상 손해액이라고 할 수는 없고, 회사에는 가액을 산정할 수 없는 손해가 발생하였다고 봄이 상당하다.” 672)

앞서 보았듯 위 판결은 “회사에 최선의 이익이 되도록 직무를 수행하여야 할” 선관의무 즉 회사의 이익을 추구할 적극적 의무에 주목하는 점에서 앞선 자사주 외상매각 판결이 “재산상 손해 발생을 방지할 임무” 즉 회사의 손해를 방지한다는 소극적 의무에 주목하는 것과 대비된다. 한편 아래 판결 역시 행위자 또는 그와 일정한 관계에 있는 자의 이익을 도모하였다는 점을 임무위배행위 판단에 고려하고 있다. 다만 여기에서

주식을 먼저 인도하는 경우라도 잔대금의 이행에 관한 상당한 담보를 확보하는 등 재산상 손해 발생을 방지할 임무가 있음에도, 2011. 5. 4.로 예정된 임시주주총회와 관련하여 주주확정을 위한 주주명부 폐쇄일(2011. 4. 6.)이 다가오자 자신들의 경영권 방어를 위한 우호 지분을 확보하기 위한 목적으로 계약금만 일부 수령한 채 위와 같이 자사주들을 매각함으로써 000 등에게 재산상 이익을 취득하게 하고 00000에 손해를 가하였으므로, 피고인 000, 000의 고의 내지 불법이득의 의사가 인정된다 할 것이다.”.

672) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도5655 판결.

도 ‘개인적인 이익을 도모’와 고의와의 관계는 명확하게 되어 있지 않다.

“주식회사의 임원이나 회계책임자가 당해 회사의 주식을 매수하여 대주주가 되려고 하는 자에게 미리 대주주대여금 명목으로 회사자금을 교부하여 그 돈으로 주식매수대금을 지급하게 하는 행위는 대주주가 되려는 자의 개인적인 이익을 도모하고 회사의 부실을 초래하는 것으로서, 그 대여행위가 회사의 이익을 위한 것임이 명백하고 회사 내부의 정상적인 의사결정절차를 거쳤으며 그로 인하여 회사의 자금운용에 아무런 어려움이 발생하지 않을 뿐만 아니라 대여금 회수를 위한 충분한 담보도 확보되어 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 업무상배임죄에 해당한다” 673)

아래 판결은 행위자의 행위가 일정한 이해관계 있는 제3자의 ‘개인적인 이익을 위한 것’인 점에서 임무위배행위의 실질을 찾고 있다. 여기에서 주로 ‘개인적인 이익을 위한’ 것이 (우리 배임죄의 요건이 아닌) 일종의 목적과 같은 주관적 요소를 의미하는가, 또는 행위가 객관적으로 제3자의 이익이 되는 것을 의미하는가는 이하 판례의 판시만으로 명확하지 않다.

“회사의 이사가 그 회사의 이사, 주주 등 특수관계자와 사이에 교환의 방법으로 그 회사가 보유중인 다른 회사 발행의 주식을 양도하고 그 특수관계자로부터 제3의 회사 발행의 주식을 취득하는 경우에 있어서, 그 거래의 목적, 계약체결의 경위 및 내용, 거래대금의 규모 및 회사의 재무상태 등 사정에 비추어 그것이 회사의 입장에서 볼 때 경영상의 필요에 의한 정상적인 거래로서 허용될 수 있는 한계를 넘어 주로 교환거래를 하려는 특수관계자의 개인적인 이익을 위한 것에 불과하다면, 그와 같은 거래는 임무위배행위에 해당한다고 보아야 할 것이다. 674)

③ 행위자 등의 이익취득 및 회사에의 손해발생과 연관

아래 판례는 “타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위

673) 대법원 2007. 2. 8. 선고 2006도483 판결.

674) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2005도4640 판결

로서 회사에 대하여 배임행위” 라고 판시하고 있다. 우리 배임죄는 손해의 발생과 이익의 취득을 모두 요구한다는 점에서, 기본적인 구조에서는 우리 배임죄의 구성요건에 가장 충실하게 부합하는 기준이라 할 수 있다.

“회사의 이사 등이 타인에게 회사자금을 대여하거나 타인의 채무를 회사 이름으로 지급보증함에 있어 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실하여 그를 위하여 자금을 대여하거나 지급보증을 할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 점을 충분히 알면서 이에 나아갔거나, 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 대여해 주었다면, 그와 같은 자금대여나 지급보증은 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대하여 배임행위가 되고, 이러한 이치는 그 타인이 자금지원 회사의 계열회사라 하여 달라지지 않는 것이며(대법원 2007. 9. 7. 선고 2007도3373 판결, 대법원 2012. 6. 14. 선고 2012도1283 판결 등 참조)(이하 생략)” 675)

다만 다른 판결은 ‘자신이나 타인의 이익을 위해’ 업무를 행하여 본인에게 손해가 발생한 것이 배임죄의 임무위배행위라고 판시하고 있다. 이것이 주관적 의도로서 목적 유사의 내심을 의미하는가, 또는 객관적으로 행위자나 제3자에게 이익이 되는 것을 의미하는가가 반드시 명확하다고 보기는 어렵지만, 아래 판시에서는 전자에 보다 가깝다고 생각된다.

“주식회사의 대표이사는 법령과 정관의 규정에 따라 주식회사의 재산상 손해를 방지하고 성실하게 주식회사를 위하여 최선의 이익이 되도록 직무를 수행하여야 할 선관주의의무 내지 충실의무를 부담하므로, 대표이사가 그 의무를 위반하여 자신이나 타인의 이익을 위해 업무를 처리함에 따라 주식회사에 손해가 발생한 경우에는 대표이사로서 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 아니하고 주식회사와의 신임관계를 저버리는 행위를 한 것으로서 배임죄에서의 임무위배에 해당한다.” 676)

675) 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5214 판결; 또한 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002도3755 판결 역시 “타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대한 임무위배행위가 된다” 고 판시한다.

676) 대법원 2013. 7. 11. 선고 2011도5337 판결.

(2) 회사의 입장에서 허용가능성

일부 판결은 “회사의 입장에서 볼 때 경영상의 필요에 의한 정상적인 거래로서 허용될 수 있는 한계” 라는 표현을 사용하고 있다. 이러한 기준은 위에서 살펴 본 판례들이 행위자의 내심 또는 본인에게 발생할 수 있는 객관적인 손익을 고려하는 것과는 달리, 본인의 주관적인 입장을 고려한다는 점에서 바라보는 평면을 달리하고 있다.

“비록 사전에 이사회결의와 같은 내부적인 의사결정과정을 거쳤다 할지라도 그 거래의 목적, 계약체결의 경위 및 내용, 거래대금의 규모 및 회사의 재무상태 등 제반 사정에 비추어 그것이 회사의 입장에서 볼 때 경영상의 필요에 의한 정상적인 거래로서 허용될 수 있는 한계를 넘어 주로 주식을 매도하려는 내부자의 개인적인 이익을 위한 것에 불과하다면, 그와 같은 거래는 그 내부자에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대한 배임행위에 해당한다” 677)

“회사의 이사가 그 회사의 이사, 주주 등 특수관계자와 사이에 교환의 방법으로 그 회사가 보유중인 다른 회사 발행의 주식을 양도하고 그 특수관계자로부터 제3의 회사 발행의 주식을 취득하는 경우에 있어서, 그 거래의 목적, 계약체결의 경위 및 내용, 거래대금의 규모 및 회사의 재무상태 등 사정에 비추어 그것이 회사의 입장에서 볼 때 경영상의 필요에 의한 정상적인 거래로서 허용될 수 있는 한계를 넘어 주로 교환거래를 하려는 특수관계자의 개인적인 이익을 위한 것에 불과하다면, 그와 같은 거래는 임무위배행위에 해당한다고 보아야 할 것이다. 678)”

(3) 그 밖의 기준

① 통상의 업무집행

판례 중에는 ‘통상의 업무집행’을 명시적으로 언급하는 것들도 다수 보인다. 일반적인 기관배임 사안 외에 불량대출 사안에서도 통상의 업무집행이 기준으로 제시되고 있다.

677) 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도856 판결.

678) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2005도4640 판결.

“배임죄에서 말하는 임무위배행위에 해당하는지 여부는 그 사무의 성질·내용, 사무집행자의 구체적인 역할과 지위, 행위 당시의 구체적 상황에 따라 그 행위가 신의성실의 원칙에 비추어 통상의 업무집행의 범위를 일탈하였는가에 따라 판단하여야 하는바, 경영자의 경영상 판단에 관하여 위와 같은 사정을 모두 고려하더라도 법령의 규정, 계약 내용 또는 신의성실의 원칙상 구체적 상황과 자신의 역할·지위에서 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 행함으로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하고 본인에게 손해를 가하였다면 그에 관한 고의 내지 불법이득의 의사는 여전히 이를 인정함이 마땅하다⁶⁷⁹⁾”

“비록 담보물에 대한 대출한도액을 초과하여 대출하거나 담보로 할 수 없는 물건을 담보로 하여 대출하였다 하더라도 그 대출에 따른 물적, 인적담보를 확보하여 그렇게 대출한 것이 회수할 수 없는 채권을 회수하여 실질적으로 은행에 이익이 되고 그것이 통상적인 업무집행범위에 속하는 것으로 용인될 수 있는 것이라면 그 대출로 인하여 회수의 확실성이 없는 일부 채권이 발생하였다 하여 이를 가지고 대출업무 담당자로서의 채권확보조치를 하지 아니한 임무위반행위에 해당하고 또 그와 같은 임무위반의 인식이 있었다고 볼 수 없다 할 것이다”⁶⁸⁰⁾

“불량대출⁶⁸¹⁾을 하였더라도 그렇게 대출한 것이 회수할 수 없는 채권을 회수하여 실질적으로 금융기관에 이익이 되고 그것이 통상적인 업무집행 범위에 속하는 것으로 용인될 수 있는 것이라면 그 대출로 인하여 회수의 확실성이 없는 일부 채권이 발생하였다 하여 이를 가지고 대출업무 담당자로서 채권확보조치를 하지 않은 임무위반행위이거나 그와 같은 임무위반의 인식이 있었다고 볼 수 없다고 판시한다.”⁶⁸²⁾

② 통상의 대표이사

679) 대법원 2012. 8. 30. 선고 2011도15052 판결.

680) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2007도7716 판결.

681) 대출업무를 담당하는 자가 그 업무취급에 관한 은행의 관계규정을 위반하여 담보물에 대한 대출한도액을 초과하여 대출하거나 담보로 할 수 없는 물건을 담보로 하여 대출을 하는 등 행위를 의미한다(대법원 1987. 4. 4. 선고 85도1339 판결).

682) 대법원 2002. 6. 28. 선고 2000도3716 판결; 2003. 10. 10. 선고 2003도3516 판결 및 대법원 1987. 4. 4. 선고 85도1339 판결도 같은 취지이다.

대법원이 직접 명시적으로 법리를 제시하지는 않았고 비록 원심판결의 판단을 유지한 것이기는 하지만 아래 판결은 두 가지 측면에서 주목된다. 하나는 임무위배행위의 판단에 ‘통상의 대표이사’라는 기준을 고려하는 점이고, 다른 하나는 이른바 ‘경영상의 판단’을 배임의 고의를 부정하는 사유가 아닌 임무위배행위의 부정사유로 사용하는 점이다.⁶⁸³⁾ “통상의 대표이사” 기준은 통상의 업무집행 기준보다 행위자의 시각에 가깝고 ‘합리적으로 선택할 수 있는 범위’는 행위자에게 부여된 일정한 재량을 의미하는 점에서, 이사가 갖는 재량이 강조된 기준으로 생각된다.

“원심은, 제1심의 채택 증거들에 의하여 그 판시와 같은 사실들을 인정한 다음, 회사의 대표이사가 합리적으로 이용 가능한 범위 내에서 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거친 다음 이를 근거로 회사의 최대 이익에 부합한다고 합리적으로 신뢰하고 신의성실에 따라 경영상의 판단을 내렸고, 그 내용이 현저히 불합리하지 않은 것으로서 통상의 대표이사를 기준으로 할 때 합리적으로 선택할 수 있는 범위 안에 있는 것이라면 비록 사후에 회사가 손해를 입게 되는 결과가 발생하였다 하더라도 그 대표이사의 행위는 허용되는 경영판단의 재량범위 내에 있는 것이라 할 수 있는바, 피고인 2가 회사 가치를 극대화하려는 경영자의 처지에서 당시는 0000가 00과 사이의 포괄적 주식교환계약에 따라 00의 완전자회사가 될 상황이었는데 00이 2005. 5.경 음반 사업을 주업으로 하는 00와 영상사업을 주업으로 하는 주식회사 00엔터테인먼트를 잇달아 우회 상장시킴으로써 회사의 전체 가치가 상승하고 있었고, 여기에 연예엔터테인먼트를 주업으로 하는 0000까지 흡수 합병할 경우 종합 엔터테인먼트 기업으로서 회사 전체의 가치를 급격히 높일 수 있는 기회가 될 수 있다고 판단하여 주요주주 및 재적이사 과반수의 동의를 얻은 후 추가 자금을 대여하여 주면서까지 기존 주식교환계약의 효력을 유지하려는 선택을 하였다면, 위와 같은 대여행위로 인하여 결과적으로 회사에 일부 손해를 입힌 결과를 가져왔다는 사정만으로 법적으로 허용되는 경영판단의 범위를 넘어섰다고 단정하기 어렵고, 달리 피고인 2에게 다른 임무위배행위가 있었다고 볼

683) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2008도5399 판결. 경영판단에 관련된 논점은 관련 부분에서 검토한다.

만한 아무런 증거가 없다는 이유로, 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였다. 관계 증거를 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 검사의 상고이유 주장과 같은 법리오해의 위법이 없다.” 684)

③ 주주권 침해여부 및 채권자의 손해

행위자가 이사인 일부 사례에서는 주주권의 침해여부가 판단기준으로 원용되기도 한다.

“주식회사가 그 재산을 대가 없이 타에 기부, 증여하는 것은 주주에 대한 배당의 감소를 가져오게 되어 결과적으로 주주에게 어느 정도의 손해를 가하는 것이 되지만 그것이 배임행위가 되려면 그 회사의 설립 목적, 기부금의 성격, 그 기부금이 사회에 끼치는 이익, 그로 인한 주주의 불이익 등을 합목적적으로 판단하여 그 기부행위가 실질적으로 주주권을 침해한 것이라고 인정되는 정도에 이를 것을 요한다.” 685)

한편 일부 판결에서는 주주 외에 채권자의 손해까지 원용한다.

“회사의 대표이사는 이사회 또는 주주총회의 결의가 있더라도 그 결의내용이 회사 채권자를 해하는 불법한 목적이 있는 경우에는 이에 맹종할 것이 아니라 회사를 위하여 성실한 직무수행을 할 의무가 있으므로 대표이사가 임무에 배임하는 행위를 함으로써 주주 또는 회사채권자에게 손해가 될 행위를 하였다면 그 회사의 이사회 또는 주주총회의 결의가 있었다고 하여 그 배임행위가 정당화될 수는 없다” 686)

684) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2008도5399 판결.

685) 2010. 5. 13. 선고 2010도568 판결(은행장인 피고인이 퇴임직전에 퇴임 후 자신을 초빙교수로 채용하기로 예정된 경영전문대학원에 은행 자금으로 2억원을 기부한 행위에 대해서 임무위배행위를 부정); 대법원 1985. 7. 23. 선고 85도480 판결 및 대법원 2005. 6. 10. 선고 2005도946 판결에서도 위 판결과 동일한 법리를 실시한다.

686) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2012도717 판결(회사의 대표이사인 피고인이 이사회 결의를 거쳐 자신이 개인적으로 설립한 다른 주식회사의 설비비용 마련을 위한 대출금 채무에 보증한 사안에서 임무위배행위 및 배임죄 성립을 긍정); 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도4915 판결(회사의 1인주주이자 실질적 대표이사인 피고인이 상속세 납부자금을 마련하기 위한 주식매매계약에 수반하여 회사의 부동산을 담보로 제공한 사안에서 임무위배행위 및 배임죄 성립 긍정); 대법원 1989. 10. 13. 선고 89도1012 판결.

④ 제반 사정

“일반적으로 법인의 정관이나 그에 따른 세부사업을 위한 규정 등 단체 내부의 규정은 특별한 사정이 없는 한 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 등 사회관념상 현저히 타당성을 잃은 것이거나 결정 절차가 현저히 정의에 어긋난 것으로 인정되는 경우 등을 제외하고는 일응 유효한 것으로 볼 수 있는 점, 회사의 대주주 및 임직원, 기타 관계자들에 대하여 회사 시설의 사용이나 그에 관한 비용지불 등에 관하여 객관적, 합리적으로 수궁할 수 있는 범위 내에서 어느 정도의 우대 규정을 두고 이를 적용하는 것은 회사의 자율적인 운영권의 범주 내에 해당한다고 할 수 있는 점, 위와 같은 우대규정의 마련·적용을 통하여 회사의 운영상의 효율성 제고, 임원들의 사기진작 및 우수임원 유치, 대외적인 이미지 향상 내지 회사홍보, 회사의 무형적 가치 상승 등의 효과를 가져올 가능성도 있는 점 등을 고려하여 보면, 이 사건과 같이 피해자 주식회사의 대표이사 또는 이사인 피고인들이 종전 규정이나 개정 규정에 의하여 위 골프장 이용에 따른 비용을 면제받은 행위가 이사회서의 임무에 위배되는 행위에 해당하는지 여부 내지 그에 관하여 피고인들의 배임의 고의가 인정되는지 여부를 판단함에 있어서는, 위와 같은 각 규정의 적용을 통하여 단순히 회사에게 금전적인 수입의 감소가 발생하고 피고인들에게 동액 상당의 금전적 이익이 발생하였는지 여부만을 기준으로 살필 것이 아니라, 구체적으로 위 각 규정의 제정 및 개정의 시기·동기·경위·절차, 피해자 주식회사의 영업 규모나 방식, 재정 상태, 골프장 이용객 수, 관련 업계의 관행, 종전 규정이나 개정 규정의 효력 여하 및 피고인들이 위 각 규정을 적용하지 말아야 할 법령상 또는 신의칙상 의무가 있는지 여부, 위 각 규정에서 정하고 있는 비용면제의 범위 및 정도가 객관적, 합리적으로 수궁할 수 있는 범위 내에 해당한다고 볼 수 있는지 여부, 위 각 규정의 적용 결과 감소될 수입의 정도와 발생이 예상되는 무형적, 잠재적 이익의 정도, 실제로 피고인들이 위 각 규정에 의하여 비용을 면제받은 시기, 빈도, 액수 등 및 위 골프장 이용 경위 및 동반자, 당시의 피해자 주식회사의 경영 상태, 기타 제반 사정들에 관하여 심리를 한 후, 종합적으로 판단하여야 할 것이다.” 687)

이 판결은 임무위배행위와 고의 판단을 하나로 연계하면서, 구체적인 제반 사정들에 의해서 임무위배행위 여부를 판단하여야 한다고 설시한다. 즉 이 판결은 “회사에게 금전적인 수입의 감소가 발생하고 피고인들에게 동액 상당의 금전적 이익이 발생하였는지 여부” 만이 아닌 다른 고려요소를 보아야 한다고 하는데, 판결이 구체적으로 열거하고 있는 제반 사정들은 회사의 수입 감소 및 피고인들의 이익취득이 회사의 입장에서 허용될 수 있는가를 판단하기 위한 요소라는 점에서, 실제로는 상기한 “회사의 입장에서 허용가능성” 기준의 연장선상에 있다는 평가가 가능할 것으로 생각된다.

⑤ 사회상규

대법원은 아래 판결에서 사회상규도 임무위배행위 여부 판단에 고려되는 기준이 되는 듯한 여지를 남기고 있다.

“주식회사인 금융기관이 실질적으로 대출금을 회수할 가능성이 없음에도 불구하고 타인으로 하여금 장중에 있는 자기주식을 취득하게 하기 위하여 금원을 대출하는 것은 자본충실의 원칙에 반한다고 보아야 하므로 그와 같은 대출은 그 목적과 취지가 법령이나 사회상규에 위반되어 금융기관에 대한 배임에 해당한다” 688)

“임무에 위배하는 행위라 함은 처리하는 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대하는 행위를 함으로써 본인과 사이의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 포함하는 것으로 그러한 행위가 법률상 유효한가 여부는 따져볼 필요가 없고, 행위자가 가사 본인을 위한다는 의사를 가지고 행위를 하였다고 하더라도 그 목적과 취지가 법령이나 사회상규에 위반된 위법한 행위로서 용인할 수 없는 경우에는 그 행위의 결과가 일부 본인을 위하는 측면이 있다고 하더라도 이는 본인과와의 신임관계를 저버리는 행위로서 배임죄의 성립을 인정함에 영향이 없[다]” 689)

687) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도522 판결.

688) 2003. 10. 10. 선고 2003도3516 판결.

689) 대법원 2004. 7.22 선고 2003도3524 판결 등. 대법원 2003도3524 판결은 실질적으로 1인에 대한 대출임에도 수인명의로 대출하여 상호신용금고법상 동일인 대출한도 제

제4항 검토

I. 판단기준의 실질성

법령, 정관, 계약 등 형식적 기준으로 판단 시에는 결과판단과 분리된 행위개념의 독자성이 더욱 강하게 확보될 수 있고, 형식적인 판단이 주는 상대적 명확성이 있음도 부정할 수 없다. 그러나 법령, 정관, 계약 등이 행위자와 본인 간의 관계를 언제나 빠짐없이 규율하기 어렵고 현실에서 배임이 문제되는 사례는 이러한 규율이 공백인 경우가 적지 않다. 또한 현실적으로 규율을 준수한 때에도 배임죄가 성립할 수 있음을 부정할 수 없는바, 법령, 정관, 계약 등을 위반한 경우에 언제나 배임행위성을 인정하고 준수한 경우에도 실질을 고려하여 배임으로 인정될 수 있다고 하는 것은 형식적 판단을 배임죄를 인정하는 방향으로 편면적으로만 적용하는 것이 되어 피고인에게 오히려 불리할 수 있다. 그렇다면 법령, 정관, 계약을 위반하더라도 배임행위로 인정되지 않을 가능성을 열어두는 것이 반대 경우를 고려할 때 가혹하지 않다. 또한 이사의 선관주의의 무처럼 법령 등 형식적 기준의 위반여부가 언제나 명확하게 판단된다고 하기도 어렵다.

판례가 임무위배행위를 “기대되는 행위를 하지 않” 음으로써 본인과의 신임관계를 저버리는 행위로 정의하는 것은 기대되는 행위를 하지 않았다 점에 배임행위의 본질이 있음을 의미하는 것으로, 이에 의하면 배임행위는 부진정부작위범과 공통된 구조적 특성⁶⁹⁰⁾을 갖는 것으로 이해될 수 있다. 부진정부작위범에서 보증인지위의 근거에 관하여는 법령, 계약 등과 같은 형식적 근거에 국한하지 않고 보호의무나 안전의무 등 실질적 근거도 함께 고려하는 것이 학계에서 다수의 입장이기 때문에, 이 점에서도 임무위배의 실질적 판단에 대한 근거를 구할 수 있을 것이다.⁶⁹¹⁾

한규정을 위반한 대출행위의 업무상배임죄 성부가 문제된 사안이었다.

690) 藤木英雄, 經濟取引と犯罪—詐欺, 横領, 背任を中心として, 有斐閣双書, 1965, 63면.

691) 같은 취지의 일본에서의 견해로서 島田聡一郎, 앞의 글(주 317), 251면.

II. 실질의 내용

1. 결과발생과의 연관 : 이익취득가능성 및 손해발생의 위험성

구성요건적 행위는 결과를 발생시킬수 있는 가능성 또는 위험성을 구비하여야 하므로, 배임죄의 행위인 임무위배행위 역시 이익취득 및 손해발생의 가능성 또는 위험성을 갖는 것이어야 한다. 통상적인 경우 전자가 존재하면 후자가 존재하지만, 언제나 양자가 함께 긍정되는 동전의 이면같은 관계라고는 말하기 어렵다. 처음부터 이익취득가능성 또는 손해발생위험성 중 어느 하나가 완전히 결여된 경우도 있을 수 있고 이런 경우는 임무위배행위에서 제외될 필요가 있다.

일부에서는 본인의 ‘불이익’을 임무위배행위의 고려요소로 들고 있으나, 판례는 불이익이라는 표현보다는 ‘손해’발생의 위험을 고려요소로 들고 있다. 이러한 판례에 의하는 경우 재산상 손해 외의 불이익은 어떻게 고려되는가가 문제될 수 있다. 또한 일부 판례에서 기준으로 제시하는 행위자의 사적 이익 도모의사는 주관적 요건과의 관계가 명확화될 필요가 있다. 또한 손해발생가능성과 관련하여 주주 또는 채권자의 손해발생가능성이 임무위배행위 판단의 기준이 될 수 있는가도 검토를 요하는 부분이다.

2. 본인의 의사 또는 허용가능성

형법 제355조 제2항은 배임죄의 구성요건을 “타인의 사무를 처리하는 자가 ‘그 임무’에 위배하여”라고 규정하고 있다. 여기서 ‘그 임무’는 “타인(즉 본인)과 사무처리자 사이의 관계를 중심으로 배임죄의 본질을 파악하겠다는 입법자의 의지를 표현한 것”이라고 할 수 있다⁶⁹²⁾. 따라서 임무위배의 판단에는 본인과 관계가 우선적으로 고려되어야 한다. 판례에서는 회사에 의한 허용가능성, 통상의 업무기준, 통상의 대표이사 기준, 등 다양한 기준이 언급되고 있다. 다만 개별 판례의 소개 시에 언급하였듯 기준의 타당성에 의문이 있는 경우도 있고 상호관계도 분명하지 않다. 또한 기준의 실시 없이 제반 사정을 세세히 동원하여 곧바로

692) 신동운, 앞의 책(주 164), 1234면.

임무위배행위 여부를 판단하기도 한다.

이사의 임무위배행위에서는 본인인 회사가 자연인과 달리 직접 의사를 명시할 수 없다는 점도 고려될 필요가 있다. 본인의 의사는 본인의 의사일 것으로 객관적으로 추정되는 의사에 의하여야 할 것이다. 다만 이 경우 위법행위를 할 의사가 객관적 의사로 추정될 수 있는가 여부 및, 법인의 객관적 의사를 어떻게 결정할 것인가 여부에 관하여는 추가적인 검토가 필요할 것으로 생각된다.

3. 그 외의 기준

일부 판례는 사회상규를 임무위배의 기준으로 들고 있다. 그러나 이것은 법령이 방입하는 영역의 행위는 원칙적으로 허용된다는 입법자의 구상 및 위법성에 대한 소극적 관념⁶⁹³⁾을 전제로 사회상규개념을 위법성조각사유에 수용한 입법자의 의도에 부합하지 않는다. 위법성에 대한 소극적 관념 하에서 사회상규는 위법성조각의 범위를 넓힐 수 있는 순기능⁶⁹⁴⁾이 있지만, 그것이 처벌의 적극적 근거로 원용될 경우의 부작용을 경계할 필요가 있다.⁶⁹⁵⁾ 우리 형법상 사회상규의 체계적 지위 및 도입취

693) 김병로, “범죄구성의 요건되는 위법성을 논함(1)”, 법학계 제3호, 1915.12, 9면. 형사법연구 제31권 제2호, 2019 여름, 225면에 재수록된 글을 참고하였음.

694) 牧野英一은 일본개정형법가안의 초안을 기초한 형법개정기초위원회에 참여하여 선량한 풍속에 반하지 않는 행위의 위법성조각을 규정한 제17조를 기초하였는바, 그가 본위원회 심의에 출석하여 동 조에 대하여 발언한 자리에서는 동 조에 대해서 위법성조각의 범위가 지나치게 확장될 수 있다는 강한 반대의견이 제기되었다. 신동운, “형법 제20조 사회상규 규정의 성립경위”, 서울대학교 법학 제47권 제2호, 2006. 6, 201-202면. 우리 입법자 역시 형법안에 대한 국회 본회의 의결에 출석하여 형법총칙과 각칙규정의 관계를 언급하면서 사회상규 규정을 분묘발굴죄의 위법성조각에 적극적으로 활용할 것을 강조한바 있다. 신동운, 같은 글 209-213면 참조.

695) 법적인정성의 후퇴 및 형법의 도덕화 등 부작용을 경계하는 입장으로 김성돈, “한국 형법의 사회상규조항의 계보와 그 입법적 의의”, 형사법연구 제24권 4호, 한국형사법학회, 2012.12, 33면 이하; 김봉수, “위법성조각사유의 체계 및 경합에 관한 연구 -특히 ‘정당행위’와 ‘피해자의 승낙’의 경합에서 나타나는 ‘사회상규’의 기능적 모순을 중심으로-”, 비교형사법연구 제10권 제2호, 한국비교형사법학회, 2008, 52면 이하 등 참조. 다만 위법성조각사유에서 사회상규개념의 확장처럼 행위자에게 유리한 방향으로 결과를 반영하는 경우에는 그 우려는 훨씬 경감될 수 있다. 배임죄의 결과지향적 평가방식에 관하여 이러한 언급으로 홍영기, “배임에서 결과평가의 엄격성”, 형사법연구 제31권 제1호, 2019 봄, 147-148면.

지와 조화되기 어렵고, 대체가능한 다른 표현도 있을 수 있다는 점에서 적절하지 않은 판례로 생각된다.

한편 다른 판례 중에는 주주나 채권자의 이익 등을 기준으로 드는 것이 있다. 이에 관하여 우리나라에서는 임무의 상대방이 누구인가에 관하여 어느 정도 논의가 제기되고 있는바, 관련 항목에서 후술하기로 한다.

III. 판례의 문제점

1. 임무위배행위 판단과 고의판단의 혼합

아래와 같이, 판례 중에는 ‘이익취득의 의도’를 임무위배행위의 판단근거로 드는 것들이 있다. 그런데 이익취득을 객관적 구성요건으로 하는 우리 배임죄에서 이익취득의 의도는 ‘고의’를 의미한다는 점에서, 이러한 판시를 보면 객관적 요건 판단에서 이미 고의가 침투하고 있는 것이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다.⁶⁹⁶⁾

물론 이것이 오직 우리나라에서만 나타나는 현상이라고는 할 수 없다. 주요 각국의 배임적 행위의 처벌규정 운용에서도 이런 현상이 지적되기도 한다.⁶⁹⁷⁾ 이처럼 객관적 요건의 해석에 주관적 요건이 침투하는 현상은, 각국의 배임적 행위 처벌규정이 공통적으로 노정하는, 객관적 구성요건의 포괄성에 기인하는 것으로 생각된다. 특히 ‘의무위반’이나 ‘남용’ 처럼, 주관적 요소가 고려될 여지가 높은 개념을 구성요건에서 사용하는 경우에는 이런 현상을 발생할 소지가 높다.

다만 객관적 요건과 주관적 요건이 서로 기능을 달리하는 점에 구성요건을 분화한 실익이 있음을 감안하면, 이러한 융화현상과 조금 더 거리를 유지하는 판단기준이 모색될 필요가 있는 것으로 생각된다.

“이사는 회사에 대하여 법령과 정관의 규정에 따라 성실하게 회사에 최선의 이익이 되도록 직무를 수행하여야 할 선관주의의무 내지 충실의무를 부담하는 것이므로, 회사에 필요한 물품을 납품받음에 있어 할인

696) 고의가 아닌 목적 또는 불법이득의사로 보는 경우에도, 체계상 문제가 발생할 여지가 있다.

697) 예컨대 독일 배임죄에서 의무위반행위의 판단에 행위자의 사적 이익추구를 고려한 판례(BGHSt 46,34)가 그러하다.

된 가격으로 납품가격을 정할 수 있었음에도 납품과정에서 자신이 이익을 취득할 의도로 납품업자에게 가공의 납품업체를 만들게 한 뒤 그 납품업체로부터 할인되지 않은 가격으로 납품을 받았다면 이는 회사와의 신임관계를 저버리는 행위로서 임무에 위배하는 행위라고 할 것이고, 다만, 구체적 사정에 비추어 할인받을 수 있는 가격을 특정할 수 없는 등의 특별한 사정이 있다면 이사가 취득한 이익 전체를 회사에 발생한 재산상 손해액이라고 할 수는 없고, 회사에는 가액을 산정할 수 없는 손해가 발생하였다고 봄이 상당하다.” 698)

“이사는 회사에 대하여 법령과 정관의 규정에 따라 성실하게 회사에 최선의 이익이 되도록 직무를 수행하여야 할 선관주의의무 내지 충실의무를 부담하므로, 회사가 토지 매입 용역업자에게 용역수수료를 지급함에 있어 이사 자신이 재산상 이익을 취득할 의도로 용역수수료를 부당하게 과다한 금액으로 책정하여 지급한 후 그 부분을 용역업자로부터 돌려받았다면, 위와 같은 행위는 업무상 임무에 위배하여 재산상 이익을 취득하고 회사에 손해를 가하는 것으로서 업무상 배임죄가 성립한다” (토지매입용역업자에게 평당 5,000원의 용역수수료를 지급하던 것을 7,000원으로 계산하여 지급하고 평당 2,000원씩을 되돌려 받아 재산상 이익을 취득한 사안)⁶⁹⁹⁾

“포괄적 주식교환계약의 이행 사무를 처리할 당시 피고인 1은 공소외 7 주식회사의 대표이사의 지위에 있었으므로 공소외 7 주식회사를 위한 선량한 관리자로서 성실하게 공소외 7 주식회사에 최선의 이익이 되도록 충실하게 임무를 수행할 의무를 부담하고 있었고, 허위 매출자료 등에 의하여 공소외 2 주식회사의 주당가치가 증가되었다는 사정과 포괄적 주식교환계약을 그대로 실시하면 공소외 7 주식회사가 주당가치가 88,709원에 상당 정도 미달하는 공소외 2 주식회사의 주식 1,000,000주를 인수하고 그 대가로 공소외 7 주식회사의 신주 41,260,000주를 공소외 2 주식회사 주주들에게 발행하게 되어 공소외 7 주식회사가 상당한 재산상 손해를 입게 되리라는 사정을 잘 알고 있었다. 따라서 공소외 7 주식회사의 사무를 처리하는 지위에 있었던 피고인 1로서는 포괄적 주

698) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도5655 판결.

699) 대법원 2011.10.13. 선고 2010도10640 판결.

식교환계약의 이행에 관하여 공소외 2 주식회사와 공소외 7 주식회사의 이해관계가 서로 상충됨에도 공소외 7 주식회사의 이사회나 주주총회를 소집하여 위와 같은 사정을 알리고 기망을 이유로 포괄적 주식교환계약을 취소하는 등 선량한 관리자로서 공소외 7 주식회사가 입을 재산상 손해를 방지하고 공소외 7 주식회사에 최선의 이익이 되도록 그 직무를 충실하게 수행할 업무상 임무가 있었다고 보아야 한다. 피고인 1이 이러한 조치를 취하지 아니하고 오히려 사기적인 포괄적 주식교환계약에 의하여 계획된 공소외 2 주식회사 내지는 그 주주들을 위한 부당한 이익을 실현하기 위해서 그 계약을 이행한 것은 공소외 7 주식회사의 대표이사로서 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 아니한 것으로서 본인인 공소외 7 주식회사와의 신임관계를 저버리는 행위를 한 것으로 보기에 충분하다.⁷⁰⁰⁾

“(1) 회사의 대표이사가 타인의 채무를 회사 이름으로 지급보증 또는 연대보증함에 있어 그 타인이 만성적인 적자로 손실액이나 채무액이 누적되어 가고 있는 등 재무구조가 상당히 불량하여 이미 채무 변제능력을 상실한 관계로 그를 위하여 지급보증 또는 연대보증을 할 경우에 회사에 손해가 발생할 것이라는 점을 알면서도 이에 나아갔다면 그러한 지급보증 또는 연대보증은 회사에 대하여 배임행위가 된다고 할것이나 그 타인이 단순히 채무초과상태에 있다는 이유만으로는 그러한 지급보증 또는 연대보증이 곧 회사에 대하여 배임행위가 된다고 단정할 수 없다. ” ⁷⁰¹⁾

“피고인이 공소외 1 회사를 대표하여 공소외 5 회사에 자금을 대여하거나 공소외 5 회사를 위하여 연대보증을 하거나 또는 담보를 제공할 당시에 이로 인하여 공소외 1 회사에 손해가 발생하리라는 점을 알고 있었다고 보기 어렵고, 따라서 피고인의 위와 같은 자금대여나 연대보증 또는 담보제공이 곧 공소외 1 회사에 대한 업무상 배임행위가 된다고 단정할 수도 없다.” ⁷⁰²⁾

700) 대법원 2012. 11. 15. 선고 2010도11382 판결.

701) 대법원 2004. 6. 24. 선고 2004도520 판결.

702) 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013도2858 판결.

2. 임무위배행위 판단을 고의 판단으로 같음

대법원의 판례 중에는, 아래와 같이 임무위배행위가 인정되면 고의 또는 불법이득의사도 인정된다’ 라는 구조를 갖는 판례가 적지 않게 보인다.

“피고인 000, 000은 코스닥 상장회사인 00000의 재산상 사무를 처리하는 자들로서 회사의 자산인 자사주를 매각함에 있어서, 장내에서 시장 가격에 따라 매각을 하거나, 장외매각을 하더라도 통상의 쌍무계약에 있어서 동시이행의 원칙에 따라 대금 전부를 받으면서 주식을 인도하여야 하고, 설령 주식을 먼저 인도하는 경우라도 잔대금의 이행에 관한 상당한 담보를 확보하는 등 재산상 손해 발생을 방지할 임무가 있음에도, 2011. 5. 4.로 예정된 임시주주총회와 관련하여 주주확정을 위한 주주명부 폐쇄일(2011. 4. 6.)이 다가오자 자신들의 경영권 방어를 위한 우호 지분을 확보하기 위한 목적으로 계약금만 일부 수령한 채 위와 같이 자사주들을 매각함으로써 000 등에게 재산상 이익을 취득하게 하고 00000에 손해를 가하였으므로, 피고인 000, 000의 고의 내지 불법이득의 의사가 인정된다 할 것이다.” 703)

또한 판례 중에는 임무위배행위와 배임의 고의를 하나의 판단으로 결합시켜, 임무위배행위의 일반론을 실시하면서도 임무위배행위 여부에 관한 판단을 불분명한 상태로 남겨둔 채 배임의 고의 판단에 치중하는 것들도 눈에 띈다. 아래 판례는 전형적으로 그러한 경향을 보인다. 장문의 판결이므로 해당 논점에 관련된 부분을 소개한다.

“나. 임무위배행위 및 배임의 범의에 관하여⁷⁰⁴⁾

(1) 업무상배임죄에 있어서 ‘임무에 위배하는 행위’라 함은 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 그 처리하는 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과 사이의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 말하고, 업무상배임죄의 고의는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자

703) 대법원 2013.3.28. 선고 2012도16281 판결, 원심 서울고등법원 2012. 12. 13. 선고 2012노2246 판결.

704) 대법원 2008. 5. 15. 선고 2005도7911 판결.

가 본인에게 재산상 손해를 가한다는 의사와 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 얻게 된다고 하는 의사가 임무에 위배된다는 인식과 결합되어 성립하게 되며, 이와 같은 업무상배임죄의 주관적 요소로 되는 사실은, 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 범의를 부인하는 경우, 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없다. 또 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당하는지는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 하며, 본인의 이익을 위한다는 의사는 부수적일 뿐이고 이득 또는 가해의 의사가 주된 것임이 판명되면 그 행위의 결과가 일부 본인을 위한 측면이 있다 하더라도 배임죄의 고의를 부정할 수 없다(대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결, 대법원 2003. 2. 11. 선고 2002도5679 판결, 대법원 2003. 10. 10. 선고 2003도3516 판결, 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결 등 참조).

(2) 원심이 그 채택증거들을 종합하여 인정한 사실과, 원심이 채택한 증거들에 의하여 인정되는 사정, 즉 이 사건 자사주 매각조건이 OO증권에 게는 뒤에서 보는 바와 같이 별다른 이익이 없는 반면 피고인 1에게는 일방적으로 유리한 내용으로서, 주권상장법인인 회사와 이사 간의 거래 임에도 불구하고, 공정한 절차에 의하여 매각조건을 정하려는 아무런 노력을 기울이지 아니한 채 매각조건이 결정되었을 뿐 아니라, 이 사건 자사주 매각을 결의하였다는 2000. 12. 5.자 이사회는 실제로 개최되었 다고 보기도 어려운 점, 이 사건 자사주 매각으로 인한 자기자본 증가 및 부채의 감소 효과 중 절반 이상이 597억 원에 이르는 처분 손실에 따른 법인세 저감 효과에 불과하므로 OO건설의 부채비율 감축 수단으 로 자사주 매각을 서두를 수밖에 없었다고 보기 어려운 점, 피고인들이 이 사건 자사주 매도 후부터 OO건설 주식에 대하여 고배당정책을 지속 적으로 시행하여 피고인 1로 하여금 이 사건 자사주 매매대금의 상당 부분을 그 자사주에 대한 배당금으로 충당케 한 점, 피고인 1은 이 사 건 수사가 개시된 2004. 4. 경까지도 2002년 말까지 지급하기로 되어 있 던 잔금 중 50여 억 원을 지급한 바가 없으며 그럼에도 불구하고, OO건 설에서는 피고인 1에게 미지급대금에 대한 담보제공을 요구하거나 대금 지급의 이행을 촉구한 바조차 전혀 없었던 점(피고인 3의 법정진술, 공 판기록 221면, 225면 등 참조) 등 거래 전후의 여러 사정까지 감안하면, 이 사건 자사주 매각은 주로 피고인 1의 개인적 이익을 위한 것으로 볼

여지가 충분하다고 하겠다.

(3) 원심은, 위와 같은 여러 사정에도 불구하고, 이 사건 자사주 매각은 부채비율의 감소와 이를 통한 주거래은행과의 재무구조개선약정에 따른 OO계열의 재무구조의 개선 및 OO건설의 수주경쟁력의 강화라는 당시 OO건설의 최대의 경영목표를 실현하기 위한 정책의 일환으로 시행된 것이라고 능히 짐작할 만하다고 단정하고서 피고인들에게 배임의 범의가 없다고 판단하였다. 그러나 원심이 인정한 바와 같이 OO계열의 가장 중요한 당면과제가 1998. 2. 주거래은행인 OO은행과 사이에 ‘재무구조개선을 위한 약정’ 및 2000. 5. 16. ‘재무구조개선계획 수정약정’(이하, 두 가지를 합하여 ‘재무구조개선약정’이라 한다)에 의한 계열 전체의 부채비율 저감에 있었고 그것이 이 사건 자사주 매각의 주된 동기였다고 한다면, 응당 계열 전체의 예상 부채비율과 이 사건 자사주 매각으로 인한 위 약정상 부채비율 저감 효과 등을 세밀히 검토하였어야 할 것이나(이 사건 자사주 매각은 OO건설은 물론 각 계열회사들의 해당 회계연도의 실적과 재무상태, 부채비율이 상당 정도 예측 가능한 연말에 이루어졌다), 이 사건 자사주 매각으로 인한 위 재무구조개선약정상 부채비율저감 효과를 검토한 내부 문건 등의 자료는 이를 찾아볼 수가 없다. 그렇다면 결국, 피고인들의 변소는, OO건설 소속 직원들이 위 재무구조개선약정상 부채비율 산정방식에 관하여 착오를 일으켜 터무니없는 내부 목표치를 설정하는 바람에 자사주를 매각하지 않더라도 재무구조개선약정의 목표치를 달성하거나 이행한 것으로 평가받기에 충분함에도 이 사건 자사주 매각에 이르렀다는 취지로 귀착되나, 위 재무구조개선약정에 의한 부채비율 목표치는 OO건설 등 개별 기업의 부채비율이 문제가 되는 것이 아니라 계열 전체의 부채비율이 문제되는 것이고(원심은 이를 혼동한 것으로 보인다), 재무구조개선약정의 이행실적 평가는 부동산 매각, 유상증자, 유가증권 매각, 계열사 매각 등 여러 항목에 배분된 점수를 합산하는 방식으로 이루어지게 되므로 계열 전체의 목표 부채비율을 초과하였다는 사실만으로 위 약정 위반으로 평가되는 것이 아니라는 것인바(수사기록 1969면 이하의 OO계열 재무구조개선약정이행 실적 평가표, 공판기록 216면 이하의 제1심 제1회 공판조서의 피고인 3의 진술 기재, 공판기록 471면 이하의 제1심증인 공소외 5의 진술 기재 등 참조), 이 사건 자사주 매매가 없더라도 위 재무구조개선약정상 산정 방식에 의한 OO계열 전체의 부채비율은 목표치를 달성하였거나 아주 근소하게 초과하는 것에 불과하다면, 위 재무구조개선약정의 이행 때문

에 불가피하게 이 사건 자사주 매각에 이르렀다고 보기는 어렵다고 할 것이다. 그리고 OO건설의 입찰참가자격 사전심사제와 적격심사제에 따른 평가항목에 부채비율이 포함되어 있었음은 사실이라고 하더라도, 이 사건 자사주 매각으로 인하여 OO건설의 부채비율 항목 점수는 변동이 없었고, 유동비율의 상승으로 인한 평가점수 상승 요인만 발생하였다는 것이다(피고인 2의 진술 등 참조). 그렇다면 이 사건 자사주 매각이 본인인 OO건설을 위한다는 경영상의 판단에 기초한 것으로 보기는 어렵다고 할 것인바, 이와 달리 한 원심의 이 부분 사실인정은 피고인들의 진술이나 재무구조개선계획 및 수정약정상 세부계획 및 이행실적 그리고 무엇보다 사업보고서 등 원심이 들고 있는 객관적 증거와 스스로 모순되거나 논리와 경험칙에 반하는 것이라고 하겠다.” 705)

705) 위 판결의 잔여부분은 손해발생에 관한 부분이며, 전체를 소개하면 아래와 같다.

다. 손해 발생 여부에 관하여

(1) 배임죄에 있어 ‘재산상의 손해를 가한 때’라 함은 현실적인 손해를 가한 경우 뿐 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, 재산상 손해의 유무에 관한 판단은 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 파악하여야 하며, 여기서 재산상의 손해를 가한다 함은 총체적으로 보아 본인의 재산상태에 손해를 가하는 경우, 즉 본인의 전체적 재산가치의 감소를 가져오는 경우를 말하므로, 장차 취득할 것이 기대되는 이익을 얻지 못한 경우도 포함된다(대법원 2003. 10. 10. 선고 2003도3516 판결, 2005. 4. 15. 선고 2004도7053 판결 등 참조)

(2) 먼저 이 사건 자사주 매각 당시 OO건설의 주식 분포 및 의결권 제한에 관하여 원심이 인정한 사실에 의하더라도, 피고인 1은 그가 보유한 주식 2.77%(603,670주), 특수관계인 등이 보유한 주식 4.16%(905,685주) 및 그가 사실상 지배하는 다른 계열회사인 OO제강, OO정밀화학, OO화재, OO생명, OO증권 등이 보유한 주식 29.31% 등 의결권 있는 보통 주식의 36.24%(6,066,846주)를 가지고 OO건설에 대한 지배권을 행사하고 있었는데, 위 OO화재 등 금융계열사가 보유한 주식 8.4%가 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’이라 한다)상 상호출자 규제로 인하여 의결권의 행사가 제한된 데다가, 공정거래위원회로부터 OO제강이 보유한 OO건설 주식 14.03%도 상호출자관계를 해소할 것을 명령받는 바람에 2000. 12. 19.경부터 상호출자관계가 해소될 때까지 의결권을 행사할 수 없게 된 반면, 이 사건 자사주의 매각은 그 수량이 의결권 있는 보통주식 총수의 35.03%를 차지하는 것으로서 OO건설의 지배구조에 상당한 영향을 미칠 수 있는 거래였다는 것인바, 사정이 위와 같다면 OO건설의 이 사건 자사주 매각 업무를 처리하는 자로서는 마땅히 적절한 매각 상대방의 선정이나 매각조건 등의 결정 절차를 거쳐야 하고, 그 대표이사이자 지배주주인 피고인 1에게 장외에서 이 사건 자사주를 일괄매각하기로 하였다면 적어도 위 피고인이 거래소 시장을 통하여 이 사건 자사주 수량만큼의 주식을 취득하는데 소요되는 비용 또는 OO건설이 이 사건 자사주를 제3자에게 일괄매각하였더라면 얻을 수 있을 것으로 기대되는 경영권 프리미엄 등이 반영되도록 하여야 할 것이다. 그럼에도 불구하고, 위와 같은 아무런 조치를 취하지 아니함으로써 장차 취득할 것이 기대되는 이익을 얻지 못하였다면, 이는 OO건설의 전체적인 재산상태의 감소를 가져오는 경우에 해당한다고 봄이 상당하다.

(3) 다음으로, 이 사건 자사주 매각조건에 관하여 원심이 인정한 사실에 의하더라도,

위 판결의 밑줄 부분은, 본인의 이익을 적극적으로 추구하지 않은 객관적 사정들을 열거하고, 이것으로부터 피고인이 주로 개인적 이익을 위하여 행위하였다고 하면서 배임의 고의를 긍정하고 있다. 이것은 앞서 일본 판례들이 도리가해목적에 대한 일본의 통설과 판례인 소극적 동기설⁷⁰⁶⁾을 전제로, 도리가해 목적을 부정하기 위해 본인의 이익을 적극적으로 도모하지 않았음을 추단하는 객관적 사정의 열거에 치중하는 경향을 연상하게 한다. 그러나 목적요건이 없는 우리 형법에서는 이러한 체계에 따를 필요가 없다. 본인의 최선의 이익을 추구한 객관적 사정의 존재는 선관의무의 이행을 의미할 수 있고 이것은 임무위배행위 부정의 주요 단서일 것이다. 일본에서 최고재판소 판례와 관련한 재판연구관의 언급, 즉 도리가해 목적을 부정하는 객관적 사정이 있다면 처음부터 임무위배행위가 될 수 없다고 보아야 한다는 지적⁷⁰⁷⁾은 이 판례에 대해서도 그대로 유효하다고 본다.

한편 하급심에서 임무위배행위성에 대한 판단보다 배임의 고의판단에 치중하는 경우에는 대법원에서도 실질적으로 고의판단만이 다툼으로 되고 그 결과 임무위배행위에 대한 의미있는 판단이 성취되지 않은 채 배임죄 성부가 고의판단에 결정적으로 의존하는 문제가 발생한다.⁷⁰⁸⁾

OO건설은 이 사건 자사주를 거래소의 전일 종가인 2,270원에 매도하되, 10%의 계약금만 받고 거래 주식 전체에 관하여 명의개서를 해 줌으로써 대금완불 이전에 피고인 1로 하여금 OO건설에 대한 지배권을 확고히 행사할 수 있도록 해 주면서도 나머지 대부분의 매매대금 지급을 확보하기 위한 아무런 담보도 제공받지 않았을 뿐 아니라, 이 사건 자사주 처분 이후 고배당 정책을 통하여 피고인 1로 하여금 이 사건 자사주에 대한 배당금으로 그 매매대금의 상당 부분을 충당할 수 있도록 해 주었다는 것이고, 피고인 1이 2002년 말까지 지급하기로 한 잔금 중 50여 억 원을 이 사건 수사가 개시된 2004. 4. 경까지 지급치 아니하였음에도 그 매매대금 채무의 이행을 촉구하는 등의 조치를 취하지 아니하였다는 것이니, 이 사건 자사주 매각은 이와 같은 점에서도 본인인 OO건설의 재산상태에 손해를 가한 경우에 해당한다고 볼 수가 있다.

라. 소결론

이 사건 자사주 매각과 관련한 공소사실에 대한 원심의 판단에는 위에서 본 바와 같은 채증법칙 위배 및 논리칙 위배, 그리고 경영권 프리미엄 및 배임죄의 성립요건에 관한 법리오해 등의 위법이 있고, 위와 같은 점을 지적하는 검사의 상고이유는 모두 이유 있다.

706) 적극적으로 본인의 이익을 도모하지 않은 경우에 행위자의 사익추구 목적을 긍정하는 입장이다. 이에 관한 상세한 내용 및 문제점은 앞서 일본에 관한 서술부분 참조.

707) 上田哲, 最高裁判所判例解説, 法曹時報 59卷 6号, 2006, 2042면.

708) 예컨대 대법원 2007. 3. 15. 선고 2004도5742 판결.

제4장 이사의 임무위배행위

본 장에서는 앞선 장에서 임무위배행위에 관하여 논의될 필요가 있는 것으로 검토된 사항들에 관하여 이사의 배임적 행위를 중심으로 해명을 시도하고자 한다. 이사의 배임적 행위는 배임죄의 주체성 문제를 논의할 필요가 없다는 점에서, 배임죄의 임무위배행위 문제에 초점을 더욱 집중할 수 있게 한다. 현행 배임죄의 특성을 반영할 수 있는 임무위배행위의 일반적 기준의 제시를 시도하고, 이를 몇 가지 개별사례에 적용함으로써 효용을 검증하여 보기로 한다.

제1절 임무내용의 사법종속성 및 임무위배의 정도

제1항 서 설

이사의 행위에 대하여 배임죄의 성립여부를 판단하는 과정에서는, 규범으로서 형법이 갖는 특성과 관련하여 여러 가지 의문이 제기될 수 있다. 우선 배임죄의 임무위배행위가 사법상 의무위반과 어떤 관계에 있는가에 대한 의문이 제기될 수 있다. 법질서의 통일성을 강조하는 경우 배임죄의 임무위배행위의 판단은 사법상 의무위반 여부에 관한 판단에 종속될 것이다. 이에 반해서 형법의 독자성을 강조하는 경우에는 민법이나 상법에서 허용하는 행위를 형법이 통제하거나, 다른 법 보호영역 밖의 대상을 형법이 보호할 수 있게 된다. 이것은 배임죄의 임무위배행위여부 판단에서 제기되는 이른바 사법종속성의 문제로 논의된다. 다음으로 배임죄 임무위배가 되기 위해서 임무위배의 정도가 중대할 것이 요구되는가가 문제된다. 이것은 형법의 보충성에 관한 문제인바, 보충성을 강조하는 경우에는 의무위반사실에서 더 나아가 의무위반이 중대할 것이 요구된다. 이것은 사법종속성에 관한 태도에 따라서 이하 두 가지 형태의 판단으로 구현될 수 있다. 우선 임무위배 여부에 관하여 사법종속성을 긍정하는 경우에, 임무위배의 중대성 판단은 사법상 의무위반 여부에 대한 1단계 판단을 전제로 실시되는 2단계에서의 형법적 판단을 의미한다.

반면에 사법종속성을 부정하는 때에는 의무위반의 중대성 판단이 사법상 의무위반 여부와 무관하게 형법 독자적 시각에서의 중대성에 대한 판단을 의미하게 된다. 끝으로 헌법원칙인 명확성의 원칙과 관련한 문제가 제기될 수 있다. 강력한 제재수단으로서 고도의 명확성이 요구되는 형법 규범의 특성상, 자유권 또는 재산권침해라는 제재효과를 부여하더라도 문제가 없을 정도로 임무위배라는 배임죄의 구성요건이 명확성의 요청을 충족하고 있는가 여부의 문제가 제기되며, 명확성에 대한 우려를 불식시키기 위해서 임무위배의 중대성을 요한다는 견해가 제기될 수 있기 때문이다.

제2항 임무내용의 사법종속성

I. 임무위배 판단의 사법종속성과 형법의 독자성

형법 제355조 및 동 조를 전제로 하는 제356조는 모두 임무위배를 요건으로 하면서도 임무의 구체적 내용에 대해서는 언급하고 있지 않다. 독일에서는 배임죄의 구성요건인 의무위반이 규범적 구성요건요소의 성격을 갖고 있다는 것이 연방헌법재판소 및 학설의 입장이고, 우리 대법원 역시 최근 판결 중에는 배임죄의 임무위배에 관하여 보충의견⁷⁰⁹⁾을 통하여 동일하게 판시한 것이 있다. 이에 의하면 임무위배의 의미는 다른 규범에 의한 충진을 요하며, 정도에서의 차이는 차치하더라도 다른 규범의 판단을 고려할 필요성 자체를 전적으로 부정하기는 어렵다. 다만 배임죄의 임무위배 판단에 다른 규범의 의무위반을 가공없이 그대로 차용⁷¹⁰⁾할 것인가, 그렇지 않고 다른 규범에 의한 판단을 차용하되 법익보호등 형법의 목적이거나 형벌규정의 특성에 의한 가공을 수행할⁷¹¹⁾ 것인가, 또는 다른 규범에 의한 판단을 단서 또는 사실상의 출발점으로 삼는 선에서 그칠 것인가⁷¹²⁾ 등 그 스펙트럼에 대해서는 다양한 견해가 있을

709) 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결 중 대법관 김제형의 보충의견.

710) Ransiek, 앞의 글(주 191), 634-679면.

711) Rönna, 앞의 글, 902면 이하.

712) 임무위배행위가 갖는 규범적 구성요건요소로서의 성격을 가장 약하게 보는 관점이 될 것이다. 본고는 규범적 구성요건요소가 기술적 구성요건요소와 질적으로 차이가 있다는 입장이 아닌, ‘양적 차이’만을 갖는다는 입장을 전제한다. ‘가치충전’ 및

수 있을 것이다. 앞서 본 전환사채 저가발행 사건에서, 대법원은 주주배정의 경우에 공정가액 발행의무가 없어 저가발행을 하더라도 배임죄가 성립하지 않는 반면, 제3자 배정의 경우는 공정가액 발행의무가 있으므로 저가발행시 배임죄가 성립한다고 판시하였다. 이러한 태도는 독일에서 배임죄 의무위반 판단의 사법종속성(Zivilrechtsakzessorietät)을 긍정하는 입장⁷¹³⁾과 같은 태도로 평가될 수 있다. 독일 판례 중 과거 Kinowelt 사건⁷¹⁴⁾이나 최근에 실시된 HSH Nordbank 사건 판결⁷¹⁵⁾은 이와 같이 불여지가 없지 않고, 우리의 경우에도 상법분야를 비롯한 학계에서 배임죄의 의무위반 판단을 형법의 규범의 의무위반 여부에 의하여야 한다는 견해가 주장되고 있다.⁷¹⁶⁾ 그러나 이것은 상법 등 형법외적 규범의 해석에서 도출되는 의무의 존부를 곧바로 형법상 배임죄의 임무위배행위여부에 직결시킴으로써 배임죄의 임무를 형법독자적으로 판단할 여지, 타법상의 의무위반 판단을 차용하더라도 그에 형법적 판단을 가미, 가공할 여지를 배제하는 문제를 발생한다. 이사의 임무위배행위 판단에 있어서는 형법상 배임죄 구성요건인 이사의 임무위배를 선판의무, 충실의무 그 밖의 상법상 의무위반으로 치환하여, 그 위반여부 판단을 상법해석에 종속시키는 결과를 낳는다.

형법과 목적 및 기능은 물론 책임발생의 기본구조를 달리하는 상법규정의 해석에 형사처벌여부를 실질적으로 의존하게 하는 것은 상호 독립된 법분야로서 구조와 기능을 형성하며 발전한 양 법률의 연혁⁷¹⁷⁾과 체계를 완전히 무시하는 것이다. “상법이...규율하는 자기거래와, 그러한 자

‘다른 규범의 참조’에 대한 논의로 류전철, “규범적 구성요건요소에 관한 소고”, 형사법연구 제10호, 1997, 29-30면; ‘양적 차이’에 관하여는 같은 글, 36면.

713) 제2장 제2절 제4항 V 참조.

714) BGH NJW 2006, 543.

715) NJW 2017, 578.

716) 임무의 구체적 내용은 1차적으로 민사법에서 도출되고 형법독자의 개념이 있을 수 없다는 견해로 이상훈, “LBO분석 틀의 정립 및 적용”, 기업법연구 31권 1호, 2017.3, 13면; 동일한 취지로 송옥렬, “신주의 저가발행에서 이사의 임무위배”, 민사판례연구 [XXX III-(上)]권, 2011, 710면(“이 사건은 형사사건이기는 하지만 어차피 배임죄에서 임무위배 요건에 대한 판단은 민사적 법률관계에 근거하는 것이기 때문에 실질적으로는 이사의 회사에 대한 손해배상책임의 문제로 보아도 무방하다”).

717) 형법의 독자성을 연혁적 측면에 연관짓는 홍영기, “기업집단에서 배임죄의 주체 및 임무에 대한 독일의 논의”, 저스티스 통권 제158-1호, 227면 이하 참조.

기거래에 관하여 형법...에 의한 가벌성의 범위는 상호 구속적이지 않다. 상법과 형법의 보호법익, 규율 목적, 국가공권력 개입의 정당화 정도 등이 다르기 때문이다” 718)는 언급이나, “상법해석에 좌우되는 형법은 법치국가가 갖추어야 할 명확성을 갖추고 있다고 보기 어렵다...형법해석을 상법해석에 일관되게 종속시키지 않고 독자적으로 펼칠 필요가 인정된다” 719)는 언급, 나아가 “[법질서의 통일성이라는]...당위가, 하나의 구체적인 법률체계에 드러난 규범의 내용이 다른 실정법의 영역에서도 그대로 타당해야 한다는 요청으로 이해되어서는 안된다” 720)는 언급은 한결 같이 사법에 대한 형법의 일방적 예측을 경계하고, 범영역 간 상이성이 법률해석에서 결코 간과되거나 무시될 수 없는 요소임을 보여주고 있다. 따라서 배임죄의 임무위배 판단에서 다른 법에 의한 의무를 고려하더라도 그것이 형법의 독자성을 상실시키는 정도에 이르러서는 안될 것이다.

II. 사법친화성

형법의 독자성과 법질서의 통일성이라는 용어는 형법과 사법간의 관계 설정에 관한 상호 대립되는 관점을 대표한다. 법질서의 통일성을 반영하는 형법해석은 수범자인 국민의 예측가능성에 기여하는 부분이 있지만, 수많은 법현실을 규율하는 다양한 법률들 사이에 존재하는 목적, 기능, 구조적인 상이성이 무시될 우려가 있다. 형법과 민법, 상법, 그 외 다양한 법률분야는 사회를 규율하는 별개의 수단으로서 각각의 가치를 보유하며, 이를 무시하는 경우 각 수단 간 상호보완을 통하여 이룩되는 목적, 기능, 구조의 유기적 완결과 균형을 해할 수 있다. 가령 민법은 소유권의 권리 측면에 주목하여 타인소유물을 절취하더라도 그 소유권이 상실되지 않고 소유물반환청구 등 다른 권리관계를 발생시키는 반면, 형법의 절도죄는 보호법익인 소유권에 대한 사실적 침해에 주목하여, 절취된 물건에 대한 민법상 소유권이 존속함에도 보호법익이 침해되었다고 관념한다.⁷²¹⁾ 이는 권리관계의 규율에 중점을 두는 민법과 달리, 보호법익 침해

718) 이용식, “횡령·배임죄와 이사의 자기거래”, 상사판례연구[4], 박영사, 2000, 240면.

719) 이상돈, 앞의 글 (주 633), 19면.

720) 홍영기, 앞의 글, 228면.

721) 유기천 교수는 재산범죄 성부에 있어서 민법상 권리침해 여부는 문제되지 않는다는 Maurach의 언급을 인용하고, 그런 점에서 절도죄와 횡령죄를 위태범으로 취급하는

의 사실적 측면을 규제하는 형법의 특성을 드러내는 사례이다.⁷²²⁾ 독일에서 이런 특성이 드러난 사례로 연방대법원 민사부와 형사부에서 동시에 사건화된 이른바 ‘브레머불칸(Bremer Vulkan)’ 판결을 들 수 있다.

동 사건에서는, 당시 독일 최대의 조선회사인 Bremer Vulkan(이하 BV)사가 2개의 구 동독지역 조선회사가 각 발행한 주식 전부를 취득하여 이들을 완전자회사로 만들고, 각 자회사로 하여금 BV사가 기존에 자신이 지배하는 콘체른 내의 다른 회사들과 사이에 운영하여 왔던 공동자금운영시스템에 참여할 것을 지시하였다. 이에 따라 2개 완전자회사는 각사가 정부로부터 지원받은 공적자금 합계 총 437,000,000유로 가량의 자금을 BV사에게 대여형식으로 지원했고, 동 금액은 BV사의 자산으로 취급되는 공동자금에 편입 및 운용되었다. 그러나 BV사가 파산함에 따라 자회사가 BV사에 대하여 보유한 위 금액의 채권을 행사할 수 없게 되었고, 따라서 이 모든 경과를 주도한 BV사의 대표이사 H에 대한 민사상의 손해배상책임 및 배임죄의 성부가 각 문제되었다.⁷²³⁾ 이에 대해서 연방대법원 민·형사부 모두 ‘존립을 위태롭게 하는 침해’ 기준에 따라서 민사책임과 형사책임을 각 긍정하였는데, 여기에서 기본적인 판단기준을 같이하면서도 그 구체적인 판단 관점을 서로 달리한 점이 주목된다.

민사사건⁷²⁴⁾에서 연방대법원 민사부는 독일민법 제823조 제2항의 불법행위에 따른 손해배상책임을 긍정하면서, H가 지배회사인 1인사원으로서 부담하는 종속회사의 존립을 침해하지 않을 의무, 즉 H의 (1인사원의 대표이사라는) 지위 자체에서 위반된 의무의 근거를 구하고 있다. 반면 형사사건⁷²⁵⁾에서 연방대법원 형사부는 배임죄 성부에 관하여 단순히 피고인의 지위에서 재산보호의무를 바로 도출하지 않고, H가 주의의무를 부

것이 형법의 정신이라고 한다. 유기천, 앞의 책 (주 3), 271면.

722) 권리 자체는 침해의 대상이 아닐 수 있다.

723) 위 사건을 소개한 국내 문헌으로 최문희, “기업집단에서 종속회사의 채권자 보호의 법리”, 38면 이하 및 최문희, “독일에서의 이사의 의무위반과 배임죄”, BFL 제36호, 2009. 7, 92면 이하; 홍영기, “기업내 배임죄에서 의무위배 요건에 관한 독일판례 분석”, 안암법학 2017. 3, 86면 이하.

724) NJW 2001, 3622.

725) NStZ 2004, 559.

담하게 된 사실적 상황, 즉 자금 관리방식에 따라 종속회사에 대해 재산 보호의무를 부담하여야 하는 상황의 존재를 추가로 논증하여 위반 및 침해를 판단하고 있다.⁷²⁶⁾ 이것은 민사와 형사판결 간에 책임여부를 결정 짓는 핵심 기준(‘존립을 위태롭게 하는 침해’)을 일치시킴으로써 법질서의 통일성을 기하면서도, 민법과 다른 형법의 규율특성을 고려하여 결론에 이르는 논증과정을 달리 한 것으로, 법질서의 통일성과 형법의 독자성을 조화시킨 합리적 해결의 사례로 생각된다.

상기한 절도의 사례 및 BV사의 배임사례는 사안의 복잡성에서 다르지만 양자에서 모두 형법과 사법이 사안을 보는 관점의 상위를 간취할 수 있다. 이처럼 법영역 간의 차별적 특성을 부정할 수 없는 이상, 배임죄의 행위인 임무위배는 배임죄에 의해 형법적으로 보호될 필요가 있는⁷²⁷⁾ 이익 및 임무위배행위가 갖는 그러한 법익침해의 위험성, 즉 형법적 불법에 따라 결정되어야 하는 것이기 때문에, 형법 고유의 기능과 특성에 기반한 시각에서 해석되어야 할 것이다. 그 결과 사법의 규율영역 밖에 있는 행위를 형법이 금지하는 것은 형법독자적 불법판단에 따라 허용될 수 있다. 그와 반대로 사법이 허용하는 행위를 형법으로 금지하는 것이 어떤 경우에도 허용될 수 없다는 단정에도 의문이 있을 수 있다. 다만 법질서의 통일성은 수범자의 예측가능성을 제고하고, 이러한 예측가능성은 형법의 구성요건이 갖추어야 할 기본 덕목이라는 지점에서 형법해석에 법질서의 통일성이 기여하는 것이므로⁷²⁸⁾ 다른 법이 허용하는 행위에 대한 형사처벌에는 형법적 불법 및 수범자의 예측가능성에 끼치는 영향의 정도를 감안하여야 할 것이다. 한편 민사불법이나 그 외 다른 법규에 대한 위반 없이 형사불법만 인정되는 것은 오히려 예외적이고, 배임죄의 임무위배가 인정되는 경우 사법상 의무위반도 거의 긍정되는 것이 일반적이라고 할 수 있다. 따라서 사법상 의무위반은 배임죄의 임무위배 인정을 추단하는 주요 단서가 될 수 있고 임무위배 인정을 위한 사실상의

726) 주 725의 판결 및 홍영기, 앞의 글(주 723), 86-88면 참조.

727) 법익에 관한 Hassemer의 정의이다. Hassemer/Neumann, Nomos-Kommentar(2.Auflage), 2005, § 1 144.

728) 형법의 불법판단에서 법질서의 통일성이 무시되지 않아야 한다는 지적으로 송희진, “형법상 위법성판단과 민사불법과의 관계”, 강원법학 제15권, 2002, 104면.

출발점으로 기능할 수도 있다. 그러나 이는 어디까지나 하나의 부수현상(Epi-Phänomen)⁷²⁹⁾으로서, 배임죄의 임무위배행위가 언제나 사법상 의무위반을 전제한다거나 법질서의 통일성이 형법의 독자성에 우선한다는 규범적인 귀결에 이르지 않는다. 따라서 사법상 의무위반이 배임죄의 임무위배 인정을 위한 필요조건이라는 견해는 타당하다고 보기 어렵다.

결국 배임죄의 임무위배 판단과 다른 법에 의한 의무위반 판단 간의 관계는 Schünemann이 그의 견해를 통해 표현하였듯 형법의 사법종속성(Zivilrechtsakzessorietät)이 아닌, “사법친화성(Zivilrechtsaffinität)”⁷³⁰⁾의 관계로 정립되는 것이 적절하다고 본다. 이것은 배임죄의 임무위배행위 판단이 사법상의 의무위반에 종속되지 않지만, 행위자의 행위가 본인에게 손해를 발생하게 한 경우에 사법상 의무위반은 임무위배 판단의 주요한 단서인 동시에 사실상의 출발점이 될 수 있다는 것으로 요약될 수 있다. 따라서 이사의 임무위배 판단에 있어서도 이사가 회사에 대해 부담하는 상법상 선관주의의무, 충실의무, 겸직금지 기타 여러 의무의 위반여부가 임무위배 판단의 단서인 동시에 출발점이 될 것이나, 그것이 배임죄의 불법 판단을 구속하거나 그 조건이 된다고는 할 수 없을 것이다.

제3항 임무위배의 정도

1. 서론 : 임무위배의 중대성

배임죄의 실행행위인 임무위배행위는 구성요건적 행위정형으로서 가벌성의 한계를 설정한다. 그러나 임무위배행위 개념이 갖는 포괄적 성격을 부정할 수 없고, 따라서 구성요건 포섭 단계에서 그 범위를 축소하려는 여러 시도가 제시되고 있다. 그 중 가장 주요한 것은, 배임죄의 임무위배행위로 인정되는 경우를 ‘중대한’ 임무위배가 있는 행위로 축소하여 해석하려는 것이다. 이것은 앞선 사법종속성에 관한 태도에 따라서 이하 두 가지 형태의 판단으로 구현될 수 있다. 임무위배 판단의 사법종속성을 긍정하는 경우 임무위배의 중대성 판단은 사법상 의무위반여부 판단

729) Schünemann, 앞의 책, 78면.

730) 위의 책, 77면.

이라는 1단계 판단을 전제로, 사법상 의무위반이 인정된 행위를 대상으로 실시되는 2단계의 형법적 불법의 판단을 의미한다. 반면에 임무위배 판단의 사법종속성을 부정하는 경우에는, 임무위배의 중대성 판단이 사법상 의무위반 여부와 무관하게 형법 독자적 시각에서의 형법적 임무에 대한 위반의 중대성 판단을 의미하게 된다. 이러한 논의는 우리의 경우는 물론이고 대륙법계 주요 국가에서도 시도되고 있다. 배임적 행위에 대한 각국의 처벌조항은 공통적으로 포괄성의 문제를 노정하기 때문에, 각국에서는 특유의 구성요건에 적합한 방법으로 이러한 포괄성을 제한하기 위하여 이하와 같은 몇몇 논의가 제시되었다.

II. 각국 및 우리나라의 논의

1. 각국의 논의

(1) 독일

독일에서 배임죄 의무위반의 ‘중대성’ 요건에 관한 논의는 아직 결론이 정리되어 있지 않은 현재진행형이다. 의무위반의 중대성 요건은 연방대법원이 2000년대 초 최초로 판시하였으나, 2010년 연방헌법재판소 결정에 의해서 모험거래 사안 일반에서 배임죄의 의무위반 인정에 요구되는 요건으로 확대되었다.⁷³¹⁾ 그러나 연방헌법재판소 결정을 희석하는 연방대법원의 다른 판례가 출현하였고, 최근에는 2010년 연방헌법재판소 결정에서 시사되었던 의무위반의 ‘명백성’ 개념을 사용한 연방대법원의 판례가 나타나며 새로운 국면을 보이고 있다.

① 중대성 요건의 도입

형법외적 의무위반의 중대성에 대한 요구는 저축은행의 대출실행 시 상대방의 재정상황 등을 조사하여야 할 은행법상 의무에 위반하여 대출한 이사의 배임죄성부가 문제된 사안에서 처음으로 실시되었다. 이 사안

731) Leite, *Prozeduralisierung oder Rechtsgüterschutz bei der Untreue? Risikoverringering in der Unternehmenskrise am Beispiel der HSH-Nordbank-Entscheidung* (BGH NJW 2017,578), GA 2018 580, 582면.

에서 연방대법원⁷³²⁾은 배임죄의 의무위반 판단의 결정적 요소는 상대방의 재정상황에 관한 정보수집의무 및 조사의무에 대한 ‘중대한’ 위반 여부에 있다고 판시하여, 배임죄의 성립을 위해서 의무위반이 중대할 것을 요구하였다. 이어 연방대법원⁷³³⁾은 2001년 회사의 이사가 주장관의 요청에 따라 그가 경영하는 스포츠단체에 회사재산으로 기부한 사안에서, 배임죄의 의무위반은 회사법상 의무위반이 있고 그 중대성이 인정되는 때에 성립한다고 명시적으로 판시하였다.

② 2단계 판단의 부정 및 연방헌법재판소의 결정

앞서의 판결들은, 배임죄의 의무위반 판단을 위해서 사법상 의무위반을 전제로 그러한 의무위반의 중대성을 추가로 요구한다는 2단계적 판단을 채택한 것으로 볼 여지도 있었다.

그러나 연방대법원은 2005년 주식회사의 감사회위원이 이사회회장 등에게 적대적 인수합병의 성공적 완료 등에 대한 공로금조로 거액의 특별보수를 의결한 행위의 배임죄 성부가 문제된 Mannesmann판결⁷³⁴⁾에서, 주식법상 주의의무 위반이 긍정되지만 위반의 중대성이 인정되지 않아 배임죄의 의무위반이 성립되지 않는다고 판시한 원심판결을 파기하여 의무위반과 중대성의 2단계로 구분하는 판단을 배척하고, 사안에서 감사회에 재량의 여지가 없는 이상 배임죄의 의무위반이 긍정된다고 판단하여 사건을 원심에 환송하였다. 이 판결은 의무위반의 중대성을 이사 등에게 인정되는 경영활동에 관한 사법상 재량 위반과 동의어로 봄으로써, 실질적으로 형법적 관점에서 판단되는 중대성을 요구하지 않는 태도로 변화하였다.⁷³⁵⁾

이러한 판례의 흐름에서, 2010년 독일연방헌법재판소⁷³⁶⁾는 포괄적인 구성요건을 규정한 범죄는 그것이 판례의 해석사례 집적을 통하여 구체화된 한도에서 명확성이 인정될 수 있다는 전제에서, 배임죄의 구성요건

732) BGHSt 46, 30.

733) BGHSt 47, 187. 제2장 제2절 제4항 V 참조.

734) BGHSt 50, 331.

735) 이러한 평가로 Schünemann, *Der Bundesgerichtshof im Gestrüpp des Untreue tatbestandes*, NSTZ 2006, 197면.

736) BVerfG NJW 2010, 3209.

인 의무위반은 의무위반의 중대성을 요구하는 일련의 연방대법원 판례에 의해 명확성이 인정될 수 있다고 판시하였다. 이에 연방대법원의 후속 판결⁷³⁷⁾에서는 다시 의무위반의 중대성이 별도 요건으로 설치되었다. 그러나 실제로 의무위반의 중대성이 부정되어 배임죄 성립이 부정된 사례가 없었기에⁷³⁸⁾, 실질적으로는 동 요건이 기능한다고 볼 수 없었다.⁷³⁹⁾

2015년 회사경영을 주도하는 지위에 있는 감사회 위원이 회사로부터 중개료 명목으로 4백만 유로의 뒷돈을 받은 사안에서, 연방대법원⁷⁴⁰⁾은 다시 의무위반의 중대성은 단지 임원이 갖는 재량의 광범위성을 반영할 뿐이고 그러한 재량이 초과되면 의무위반도 중대하다고 판시하였다.

③ 최근의 전개 : 의무위반의 명백성

2016년 HSH-Nordbank판결⁷⁴¹⁾은 한 걸음 뒤로 물러서있던 의무위반의 ‘명백성’ 개념을 다시 전면에 내세우고 있다.⁷⁴²⁾ HSH-Nordbank는 2007년 이전부터 수년간 위험거래를 확대해온 결과 때로 RWA(위험가중자산)가 기준치 상한을 크게 초과하는 사태가 발생할 정도에 이르렀는데, 이어 발생한 금융위기로 기존 위험 축소가 곤란하게 되고 더이상 상대방이 수용가능한 조건으로 위험포지션을 매도할수 없게되자, 상황을 타개하기 위해서 BNP Paribas은행과 사이에 피고인인 이사들의 의결을 거쳐 장래 특정규제의 완화를 옵션으로 하는 복잡한 거래를 체결했으나, 규제완화가 실현되지 않았고 약 1억 5천만유로의 손실이 발생하여 이사들의 배임죄 성부가 문제되었다. 연방대법원은 배임죄의 중대한 의무위반은 의무위반이 오직 “명백한” 경우에만 긍정될 수 있다고 하면서, 주식법 93조

737) BGHSt 55, 266; BGHSt 56, 203등.

738) 예컨대 BGHSt 55, 266(의무위반의 중대성을 요구하면서도 회사를 위해서 비자금으로 뇌물을 공여한 이사에게 배임죄의 의무위반을 긍정); BGHSt 56, 203(기민당 지역 당직자가 가짜 기부자를 동원하여 정당법상 기부금상한액을 초과한 익명기부를 하고 연방하원에 대한 보고를 누락한 행위에 대해, 부정확한 회계로 인하여 정당에 대한 재산보호의무 위반이 인정된다고 판단하면서, 이러한 의무위반이 가짜 기부자 동원 등 의무위반 여부를 의도적으로 모호하게 하는 방법을 통하여 실행되었고, 정당 재산에 대한 중대한 제제가 초래되었기 때문에 의무위반의 중대성도 인정된다고 판시).

739) 이러한 지적으로 Schünemann, 앞의 책, 79면.

740) BGHSt 61, 48.

741) NJW 2017, 578.

742) 2010년 연방헌법재판소 결정에서 이미 명백성 개념이 시사된바 있다. 예컨대 동 판결 단락 [111] 및 [112].

1항에 규정된 이사의 재량이 초과된 경우에는 언제나 “중대하거나 명백한” 의무위반으로서 배임죄의 의무위반을 구성하며, 별도로 의무위반이 중대한가 또는 명백한가를 판단할 여지가 없다고 판시하였다.

④ 학설의 평가

학설에서는 종래 판례가 제시한 의무위반의 중대성 요건에 대해서 찬성하는 견해들이 적지 않았다. 예컨대 Tiedemann⁷⁴³⁾은 일체의 의무위반이 아닌 오로지 좁은 의미에서의 명백한 핵심 영역에 대한 위반만이 배임죄의 의무위반이 될 수 있다고 하였고, Ransiek⁷⁴⁴⁾ 역시 배임죄가 민사법 영역에 과도하게 침투하는 것을 경계하기 위해서는 사법상 의무위반이 중대한 경우에 한하여 배임죄의 의무위반으로 보아야 한다고 하였다.

그러나 최근에는 이와 달리 의무위반의 중대성 요건을 비판하는 견해도 유력하다. 예컨대 Kubiciel⁷⁴⁵⁾은 의무위반의 중대성 개념은 극도로 모호하고 의무위반 개념 자체가 객관적으로 등급화될 수 없으며 오직 위반인가 아닌가의 선택만이 가능할 뿐이어서 그 중대성을 결정하는 것은 거의 불가능하고, 지금까지 판례들 역시 중대한 의무위반과 일반적인 의무위반을 구별하는 명확한 기준을 전혀 제시하지 못하였다고 지적한다. 특히 의무위반은 위반인가 아닌가의 선택만이 가능한 이상, ‘중대성’ 판단을 개재시키면 실질적으로 결과의 중대성 판단으로 귀결되고, 이것은 납득하기 어렵다고 하고 있다.

Schünemann⁷⁴⁶⁾ 역시 Kubiciel의 상기 지적에 전적으로 찬동하면서, 실질적으로 중대성 요건이 필터기능을 수행한 판례가 전혀 없고, 의무위반의 중대성에 관한 모든 판례들은 사실 이사의 넓은 재량위반에 대한 다른 표현에 불과하거나 객관적 귀속 같은 다른 구성요건을 중대성에 반영한 것에 불과하다고 하면서 중대성 요건이 불필요하다고 주장한다. 한편 의무위반의 명백성 개념을 도입한 판례에 대해서는, 완전히 자의적인 요건

743) Tiedemann, *Untreue bei Interessenkonflikten Am Beispiel der Tätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern*, FS für Tröndle zum 70. Geburtstag (Jescheck 외), 1989, 329면.

744) Ransiek, 앞의 글(주 191), 634면. 그 외 Saliger도 의무위반의 중대성 요건에 찬동한다.

745) Kubiciel, Anmerkung(zur "HSH-Nordbank"-Entscheidung des BGH)", JZ 2017, 587면.

746) Schünemann, 앞의 책, 83-85면.

에 불과하다거나⁷⁴⁷⁾ 중대성요건에서 발생하는 양적 판단의 문제를 회피하려는 것으로 보인다⁷⁴⁸⁾는 등 부정적인 평가가 제시되고 있다.

(2) 프랑스의 논의

회사재산남용죄는 이사의 회사재산 사용 등의 행위가 ‘회사의 이익’에 반할 것을 객관적 (구성)요건으로 요구한다. 파기원은 그 판단 기준으로, 문제되는 이사의 행위에 의해 회사가 ‘노출되어서는 안되는 위험(*un risque auquel il ne devait pas être exposé*)’에 노출되었는가 여부를 제시하고 있다.⁷⁴⁹⁾ 이에 의할 때 시장의 성질상 본래적으로 내재하는 위험은 회사가 노출되어서는 안되는 위험이라고 할 수 없다는 논리에 근거해서, 이사의 행위가 초래한 위험이 시장의 성질상 본래적으로 내재하는 위험으로 인정되는 경우에는 회사재산남용죄 성립을 부정한다.

이에 관하여 학설 중 일부 견해⁷⁵⁰⁾는 거의 일상적으로 위험에 노출되는 경영상 행위의 특성상 위험판단에 관한 상술한 기준들, 즉 ‘노출되어서는 안되는 위험’ 또는 ‘시장의 본성에 내재된 위험과 구별되는 비정상적 위험’이라는 기준이 불충분하여 이사가 처벌에 압박받을 수 있다면, 강화된 기준으로서 ‘회사를 불필요하게 비정상적이고 ‘중대한’ 위험에 노출시킬 것’이 요구된다고 주장하기도 한다. 그러나 이에 대해서는 그러한 우려는 과도하며, 동 견해에서 인용하는 하급심의 기준이 실질적으로 현재의 파기원 판례와 다름이 없어 단지 용어의 변경에 불과하며, 사적 이익추구 요건을 통해서 가별성을 충분히 제한할 수 있다는 재비판이 제기된다.⁷⁵¹⁾ 이를 채택한 판례 역시 찾아볼 수 없는 등 별다른 호응을 얻지는 못하고 있다.

747) 위의 책, 85면.

748) Wagner, *Zum Erfordernis einer „gravierenden“ Pflichtverletzung bei der Untreue – Überlegungen zu Legitimität, Anwendungsbereich und Inhalt eines umstrittenen Korrektivs*”, ZSTW 2019, 337.

749) Crim., 10 novembre. 1964, n°64-90.071; Crim., 3 mai 1967, n°66-92.965; Crim. 24 mars 1969, n°67-93.577; Crim., 16 mars 1970, n°68-90.226; Crim. 8 décembre 1971, n°70-93.020; Crim. 16 décembre 1975, n°75-91.045 외 다수.

750) M. Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires*(2éd.) : PUF, 1981, 400면; W. Jeandidier, 앞의 글, 단락 31에서 재인용.

751) W. Jeandidier, 앞의 글, 단락 31.

(3) 일본의 논의

일본의 배임죄는 ‘임무위배’를 요건으로 하고 있어 상기 논의가 적용될 수 있는 형태임에도 불구하고 임무위배의 중대성에 관한 논의는 특별히 전개되고 있지 않다. 다만 최고재판소의 모든 민·형사판결을 통틀어 경영판단의 원칙을 최초로 언급한, 2009년의 형사판결인 이른바 ‘북해도척식은행’ 사건에서 이에 관한 태도를 간접적으로 간취할 수 있다. 이 사건에서는 북해도척식은행 대표이사인 피고인이, A사가 추진한 종합개발계획사업이 부지확보에 곤란을 겪고 계획의 내용도 확정되지 않고 경제성에도 문제가 있는 등 문제를 보이고 A사의 자산상태 및 경영상태가 급속히 악화되어 추가대출을 받지 않으면 곧바로 도산할 상태에서, A사에 대하여 적자보전자금 대출을 결정하고 실질적 담보 없이 대출을 실행한 행위에 대해서 특별배임죄의 성부가 문제되었다.

일본 최고재판소⁷⁵²⁾는 일반회사의 경우 이사의 특별배임죄 판단에서 경영판단의 원칙이 고려될 수 있음을 전제하고, 다만 은행 등 금융기관 이사에 대해서는 은행경영이 파탄하거나 위험에 빠지는 경우 사회 일반에 광범위하고도 심각한 혼란을 발생시키는 점 등을 고려할 때 주의의무가 가중되므로 그 한도에서 경영판단원칙에 대한 고려 역시 한정된다고 판시하여 배임죄의 성립을 긍정하였다.

이 판결은 이사의 사법상 재량의 한계일탈에 관한 판단과 배임죄의 임무위배행위에 관한 판단이 일치됨을 전제로 한다. 이것은 결론적으로는 독일 연방대법원의 Mannesmann판결과 유사한 것으로 평가할 수 있다. Mannesmann판결에 대해 동 판결에 실시된 의무위반의 중대성이 이사의 넓은 재량과 동의어에 지나지 않는다는 평가가 있는바, 이런 시각에서는 이 판결 역시 은행 이사에 대해서는 넓은 재량의 일탈이라는 의미에서의 의무위반의 중대성이 요구되지 않았다고 평가될 수 있다.

2. 우리나라의 논의

배임죄의 성립에 관련하여 의무위반의 중대성을 언급한 대법원 판례

752) 最決平成21年11月9日 平成18年(あ)第2057号.

는 찾아보기 어렵다. 헌법재판소도 특경가법상 배임죄 처벌규정에 대한 위헌여부를 판단한 사건⁷⁵³⁾에서 이와 관련하여 별다른 언급을 하고 있지 않다. 다만 학설에서는 주로 상법학계를 중심으로 임무위배의 중대성을 요구하는 견해가 보인다. 회사법상 의무위반과 형법적 의무위반을 동일 시하는 것은 형법의 보충성이나 최후수단성의 관점에서 문제가 있으므로 회사법적 의무위반은 형법적 의무위반을 인정하기 위한 충분조건이 아닌 일요건에 지나지 않는다⁷⁵⁴⁾거나, 형법에의 위반여부는 우선 1단계로 사법위반이 확정된 후 2단계에서 논의될 수 있고 그 심사는 죄형법정주의나 보호법익 등 형법적인 관점에서 처벌범위의 축소여부만을 결정하는 것이어야 한다⁷⁵⁵⁾는 견해가 그것이다.

형법학계에서도 배임죄의 “그 임무에 위배하는 행위”를 “그 임무에 중대하게 위배하는 행위”로 축소해석하여, 모든 의무위반이 인정되면 바로 형사책임으로 이어지는 것을 구성요건 단계에서 막는 방안을 고려 하자는 견해가 주장된다.⁷⁵⁶⁾ 이 견해는 다른 견해와 달리 배임죄 일반에 대하여 임무위배의 중대성이 인정되어야 한다는 주장이어서 주목된다. 중대성의 의미 또한 사법상 의무위반의 중대성을 의미하기보다는 형법적 관점에서 평가되는 중대성을 요구하는 것으로 보여 이하 다른 견해와는 차이가 있다.

한편 다른 견해는 “...(전략) 이사의 경영활동이 위축될 가능성이 있다. 상법상 의무위반이 형법상 배임죄를 성립시키는 필요충분조건이 될 수는 없는 것이다. 상법상 의무위반 가운데, 중요한 의무위반이 있거나 형사 책임으로 중대한 의무위반인 경우 처벌하여야 한다. 이 경우 중요한 의무위반이나 또는 중대한 의무위반이나를 심사하는데 고려되어야 할 요소가 경영상 판단이라는 것이다”⁷⁵⁷⁾라거나, “이사 등의 경영상의 자율성을 보장하기 위해서는 이들 행위에 대한 임무위배행위를 인정함에 있어서도 ‘중대한 의무침해’가 인정되는 경우로 한정하고, 의심스러운 때에

753) 후술 IV. 항 참조.

754) 최문희, “독일에서의 이사의 의무위반과 배임죄”, BFL 제36호, 2009. 7, 105면.

755) 장석조, 주석형법 형법각칙(6)(제4판), 사법행정학회, 2006. 4, pp.404-406, 489-490.

756) 조국, “기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계 -업무상 배임죄 배제론에 대한 응답-”, 형사법연구 제19권 제3호, 한국형사법학회, 2007, 177면.

757) 이정민, “업무상 배임죄에 있어서 경영상 판단 존중”, 고려법학 제78호, 2015, 9, 54면 및 58면.

는 관련자들에게 재량과 판단의 여지를 넓게 인정” 하여야 한다⁷⁵⁸⁾거나, 또는 합병형 LBO에 대하여 “이사의 충실의무위반이 중대한 경우에 한하여 배임행위를 인정할 수 있다고 하겠다. 여기서 의무위반이 ‘중대한’ 경우란 SPC가 자본금을 초과하여 차입금을 차입하고 과도한 채무초과상태에서 합병하거나, 피인수회사에 유보된 자산의 탈취를 주된 목적으로 합병하는 경우와 같이 이사가 회사라는 독자적 법인 존속을 위해 두고 있는 회사법의 자본충실유지와 관련된 본질적 규정을 위반한 경우라고 할 것이다”⁷⁵⁹⁾라고 하여, 업무상배임죄에서 이사의 책임을 제한하자고 주장한다. 이것은 배임죄 일반이 아닌, 이사의 경영판단에 국한하여 업무상 임무위배의 중대성을 요구하는 방향으로 배임죄의 일반법리가 수정 적용되어야 한다는 견해로 해석된다. 또한 중대성의 의미는 배임죄의 관점이 아닌, 상법상 의무위반 자체의 중대성에 초점을 둔 것으로 보인다.

Ⅲ. 검토

1. 중대성 요건 자체의 문제점

각국에서 임무위배의 중대성과 유사한 맥락에서 구성요건 포섭의 제한이 시도되는 배경에는 경제활동에 위축을 초래할 우려가 있다는 고려가 근저에 있다. 그러나 독일의 운용례와 마찬가지로 이사 및 일반인에 대해 동일하게 형법상 배임죄 규정을 적용하여 의율하고 있는 우리 법제하에서, 만약 이사의 경영상 행위에 대한 적용만을 엄두에 두고 이러한 견해가 주장되는 것이라면 아래와 같은 면에서 문제가 있을 수 있다.

우선 배임죄의 임무위배행위 판단에 전제되는 신임관계의 개별성에 의해, 현 조문 하에서도 일반인의 경제행위와 이사의 경영상 행위에 있어서 허용된 위험의 차별적 판단이 구조적으로 허용됨을 지적할 수 있다. 따라서 일반인의 행위와 이사의 경영행위 간에 명문의 근거 없이 구성요건을 차별하여 적용할 필연적인 이유는 없다. 즉 이사의 업무가 갖는 고도의 전문성과 위험성은 현재에도 임무위배의 판단에 반영될 수 있다.

758) 강동욱, “이사 등의 경영행위에 대한 배임죄의 성립범위 - 객관적 구성요건의 해석을 중심으로-”, 한양법학 제24권 제1호, 한양법학회, 2013.2, 7면.

759) 이승준, “합병형 차입매수(LBO)의 배임죄 성부 판단”, 형사정책연구 제24권 제1호 (통권 제93호), 2013. 봄, 97면.

또한 사법상 이사의 선관주의의무 위반 판단에서 이사에게는 이미 경영 판단에 따른 넓은 재량이 인정되므로, 그 위반을 배임죄 의무위반 판단의 단서로 고려하면 충분할 것이다. 더하여 전문성에 따른 위험성과 의무의 가중은 이사 외에 다른 전문직역에서도 나타나는 현상임도 지적될 수 있다.

다음으로 이사의 업무상 배임행위외에 배임죄 일반에까지 임무위배의 중대성 요건을 적용하려는 태도 역시, 형법에 명문의 근거 없는 입법적 해석으로서 부당함은 다르지 않다. 기술되지 않은 구성요건표지인 ‘중대성’을 창조하는 것은 이미 해석론과 도그마틱의 한계를 초과한 것이며, 중대성 개념을 인정하더라도 그 판단이 쉽지 않다. 중대성 개념이 실제 사례에서 의무위반 여부를 결정짓는 실질적 기능을 수행하지 못함은 독일에서도 지적되고 있다. 이것은 내용 자체가 공백인 측면도 있겠지만, 그보다는 의무위반 개념 자체가 객관적으로 등급화될 수 없으며 오직 위반인가 아닌가의 선택만이 가능할 뿐이어서 양적 판단인 중대성 개념과 조화될 수 없는 것이 문제로 보인다. 결국 중대성 개념을 인정하더라도, 그것은 양적 판단을 전제하는 손해개념으로 전이될 가능성이 높다.

한편 임무위배의 중대성 요건의 도입론이 사법상 의무위반을 필수적인 전제로 하여 배임죄의 임무위배를 그보다 좁혀야 한다는 의미라면 형법의 독자적 목적과 기능을 간과하고 형법의 보충성의 의미를 오해한 것으로서 수긍하기 어렵다. 나아가 임무위배의 중대성이 형법독자적 시각에서 형법적 임무에 대한 위반의 중대성 판단을 의미하더라도, 경미절도범 등 다른 경미재산범에 비하여 배임범만을 우대하는 결과⁷⁶⁰⁾가 되어 수긍하기 어렵다. 결국 이를 요구하지 않는 현재 판례의 태도는 타당하다.

중대성 개념을 도입하여 달성하려는 목적은, 중대성 개념보다는 ‘임무’ 개념의 해석을 통해서, 즉 임무의 해석에 있어서 본인에 의해 임무 수행으로 용인되는 행위의 폭을 넓히는 해석을 통해서 달성될 수 있다고 본다. 이러한 의미에서 배임죄의 ‘임무’는, 민법 그 밖의 형법 외적 규범에서 부과되는 ‘의무’와 구별하여 논의될 수 있을 것이다.

760) Schünemann, *Die „gravierende Pflichtverletzung“ bei der Untreue: dogmatischer Zauberhut oder taube Nuss?*, NSTZ 2005, 473면.

2. 보충성에 관련한 문제점

형법의 보충성은 기업범죄에 대한 배임죄 적용이나 배임죄 일반에 대한 비판론에서 가장 자주 강조되고 빈번하게 언급되는 형법의 특성이다. 앞서 언급된, 국내에서 회사법적 의무위반은 형법상 배임죄의 임무위배 인정의 충분조건이 될 수 없고 일요건에 지나지 않는다⁷⁶¹⁾거나, 형법에서의 위반여부는 우선 1단계로 사법위반이 확정된 후 2단계에서 논의될 수 있고 그 심사는 죄형법정주의나 보호법익 등 형법적인 관점에서 처벌범위의 축소여부만을 결정하는 것이어야 한다⁷⁶²⁾는 견해들은 거의 형법의 보충성을 논리의 출발점으로 삼는다. 그러나 이러한 견해들은 형법의 보충성의 의미에 대해 이하같은 다소의 오해에 기인하는 것으로 보인다.

우선 보충성의 원칙은 형법해석의 원칙이라기보다, 형사입법과 관련하여 입법자에게 적용되는 형사입법 원칙⁷⁶³⁾임이 지적될 수 있다.⁷⁶⁴⁾ 입법자는 어떤 행위를 처벌할 것인가를 결정함에 광범위한 재량을 갖고, 그것은 어떤 법익이 형법, 다른 법령, 또는 그 밖의 조치들 중 어느 것에 의해서 보호되어야 하는가에 있어서도 유효하다.⁷⁶⁵⁾ 민사불법을 처벌하는 형사입법이 있는 경우에 그러한 입법의 보충성원칙 위반은 헌법재판에서 과잉금지원칙 위반에 따른 위헌주장사유는 될 수 있겠으나, 법관이 그러한 법률을 재판에 적용하는 것 자체가 형법의 보충성에 위반하였다고 보기 어렵다. 법관에 의한 법률의 해석·적용이 입법자가 정한 형법규범의 가능한 의미내용의 한도를 준수하였다면 재판은 적법하다. 그리고 우리 헌법재판소와 대법원의 태도 역시, 적어도 현재까지의 재판 및

761) 최문희, 앞의 글(주 754), 105면.

762) 장석조, 앞의 책, 404-406 및 489-490면.

763) 변종필, “해석근거로서의 ‘법질서의 통일성’ 과 ‘형법의 독자성’ ”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 2011. 12, 9면.

764) 형사입법의 합리성 평가에서 중요하게 고려되는 원칙임에는 의문이 없다. 김성돈/탁희성/김대근/김유근, “한국 형사입법의 방향과 쟁점에 관한 연구-형사입법의 현황분석 및 합리적 형사입법을 위한 제언”, 한국형사정책연구원 연구총서, 2014. 12, 475면 이하.

765) C. Roxin, “Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte”, Neumann/Herzog 외, FS für Winfried Hassemer, 2010, 584면. 이에 대한 번역으로 김은희 역, 최근의 법익논쟁에 관하여, 법철학연구 제21권 제3호, 2018. 3, 388면 참조.

결정으로부터 보면 이러한 입장에 부합하고 있다고 본다.⁷⁶⁶⁾

다음으로 동 원칙은 형법 외 다른 규제수단이 있고 그로써 충분한 때에는 최후수단인 형사제재에 의한 개입이 검억되어야 함을 의미⁷⁶⁷⁾할 뿐, 단순히 비형법적 규제가 없거나 불가능, 불분명한 때 형법도 적용될 수 없다는 규범적 열후성을 의미하지 않는다.⁷⁶⁸⁾ 범죄의 성립여부는 사법의 규제내용과 상관없이 형법의 목적과 기능 및 형법적 불법을 고려하여 형법독자적으로 판단되는 것이기 때문이다.⁷⁶⁹⁾ 환언하면 형법의 보충성은 “다른 법...(중략)...을 통한 해결에 우선 기대하되⁷⁷⁰⁾ 다른 법으로 제어할 수 없거나 불충분, 불분명한 곳이 있을 때에는 형법이 나선다는 의미이다. 만약 다른 법상 규율의 공백이나 불충분으로 형법적 법익의 침해에 대한 규율공백 우려가 있는 경우에는 형벌권발동의 필요성이 강화될 수 있다. 이것은 보충성의 원칙이 언제나 형벌권의 제한원리로만 기능하지 않고, 위의 조건하에서는 형벌권발동의 적극적인 근거원리가 됨을 의미한다.⁷⁷¹⁾ 나아가 다른 법에 의한 규제수단이 있는 경우에도 형법의 개입이 인정될 수 있다. 예컨대 가도에서 무료로 배포되는 무가지 약 30,000원어치를 절취한 행위에 대해서 민사상 금전배상이 용이함에도 절도죄 처벌이 긍정⁷⁷²⁾된 것은, 형법독자적 견지에서 판단되는 절도죄 불법이 인정되기 때문이다. 즉 보충성의 원칙이 다른 법에 의한 규율의 존재를 형벌권발동의 소극적 요건으로 한다는 의미로 곡해되어서는 안된다.

첨언하면 민법상 고의 외에 과실에 의한 임무해태(제3자에 대해서는 중과실)에 대해서도 손해배상책임(상법 제399조, 제401조)이 인정되는 이상, 고의하에 수행되는 일체의 임무위배 사례에 대해서 배임죄 처벌을

766) 헌법재판소는 형법의 보충성 위반을 이유로 형벌규정의 위헌결정을 내린바 있으나, 법원에서 보충성원칙을 형법의 해석원리로 명시된 사례를 찾기 어렵다.

767) 오영근, “신주 등의 저가발행과 배임죄의 성립 여부”, 537면.

768) 조국, 앞의 글, 183면.

769) 이용식, 앞의 글(주 718), 240면; “상법 제398조가 규율하는 자기거래와 그러한 자기거래에 관하여 형법 제355조 제1·2항에 의한 가벌성 범위는 상호 구속적이지 않다. 이는 상법과 형법의 보호법익, 규율목적, 국가공권력 개입의 정당화 정도 등이 다르기 때문이다; 오영근, 앞의 글, 537면.

770) 홍영기, 앞의 글(주 717), 230면.

771) 이상돈, 앞의 글(주 633), 24면은 ‘보충성원칙의 적극적 의미’ 라고 한다.

772) 대법원 2010. 2. 25 선고 2009도11781 판결 참조.

인정하더라도 보충성의 원칙에 반한다고 할 수 없을 것이다. 배임죄에서 형법의 보충성이 사법에 대한 관계에서 일체의 법률요건을 축소해석하여야 한다는 의미까지 확장되는 경향이 있으나, 설령 배임죄의 해석에 있어서 열후성을 의미하는 형법의 보충성을 부분적으로 긍정하더라도 그러한 열후성이 반드시 배임죄의 임무위배행위 요건에서 발휘되어야 할 이유는 없다. 배임죄가 과실 및 중과실을 제외한 고의범만을 벌하는 이상 그러한 의미의 보충성은 이미 충족되어 있다.

IV. 명확성의 문제

임무위배의 중대성 요건의 도입론은 때로 배임죄의 임무위배행위 요건의 포괄성이나 불명확성과 관련되기도 한다. 이런 포괄성이나 불명확성이 임무위배의 중대성을 요구함으로써 제거 또는 보완될 수 있다는 것이다. 형법의 구성요건은 금지되는 행위정형을 명시함으로써 어떠한 법익 침해행위에 대하여 형법이 개입하여 보호할 것인가(보호적 기능)에 대한 기준을 제공하는 동시에, 국민일반에게 어떤 행위가 처벌되고(일반예방적 기능) 어떤 행위가 그렇지 않은가(보장적 기능)에 대한 경계를 설정한다. 형법이 이러한 기능을 수행하기 위해서는 그 구성요건이 명확하여야 한다. 이것은 형법의 기본원칙이자 헌법의 규정인 죄형법정주의의 요청이기도 하다. 따라서 배임죄의 임무위배행위도 이러한 요청에 부합하여야 하며 배임죄로 금지되는 행위정형과 허용되는 행위의 경계를 제시할 수 있어야 한다.

이와 관련하여 헌법재판소⁷⁷³⁾는 업무상 배임죄 등을 이득액에 따라 가중 처벌하는 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 및 형법상 업무상 배임죄를 심판대상⁷⁷⁴⁾으로 한 위헌심사형 헌법소원 사건에서 배

773) 헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2014헌바99 결정.

774) 청구인은 2012. 2. 24. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 등으로 징역 7년을 선고받고 항소하여 2012. 9. 21. 징역 6년에 벌금 1천만 원을 선고받았다. 청구인은 상고하여 2013. 3. 14. 유죄부분에 대해 파기환송판결을 받았고, 2013. 8. 13. 고등법원에서 징역 4년을 선고받았다. 청구인은 다시 대법원에 상고하여 상고심 계속 중 형법 제356조 및 제355조 제2항, 그리고 구 ‘특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제3조가 헌법에 위반된다고 주장하며 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각되자, 2014. 3. 4. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

임직 처벌조항의 위헌성 여부를 판단한바 있다. 헌법재판소는 특경가법 제3조 제1항의 위헌성 및 형법상 업무상 배임죄의 각 위헌여부와 관련하여 죄형법정주의의 명확성원칙, 책임과 형벌 사이의 비례원칙, 평등원칙, 과잉금지원칙에 위배되는가 여부 등에 관하여 검토한 후 동 조항이 헌법에 위반되지 않는다고 결정하였다. 우선 위 결정은 명확성의 원칙에 관하여 아래와 같이 판시한다.

“업무상 배임조항은 업무상 다른 사람의 사무를 처리하는 사람이 그 임무에 위배하는 행위로 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 ‘손해’를 가한 경우를 처벌하고 있다. 그러므로 업무상 배임죄가 성립하려면 본인에게 재산상 손해가 발생하여야 한다. 여기서 재산상 손해라 함은 경제적 의미의 재산 가치를 감소시키는 모든 경우를 말하고, 기존 재산의 감소이건, 장래에 취득할 이익의 상실이건 묻지 않음이 분명하다. 이때 재산가치의 감소가 있는지 여부는 법률적 판단이 아니라 경제적 관점에서 판단되어야 한다. 한편 재산상의 손해는 현실적으로 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 손해발생의 위험을 초래한 경우도 포함한다. 대법원은 손해발생 위험의 인정기준에 관하여 “재산상 실해 발생의 위험, 즉 경제적 관점에서 재산상 손해가 발생한 것과 사실상 같다고 평가될 정도의 위험”으로 판시하여(대법원 2008. 6. 19. 선고 2006도4876 판결 참조), 손해의 개념과 범위를 엄격하게 해석하고 있다. 이와 같이 업무상 배임조항에서 손해라는 개념은 재산상의 손해를 의미하고, 현실적으로 손해가 발생한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험이 있는 경우도 포함하는 것으로 그 의미내용을 충분히 합리적으로 파악할 수 있다. 따라서 그 의미가 과도하게 불명확하여 명확성원칙에 위배된다고 볼 수 없다.”

다음으로 위 결정은 과잉금지의 원칙에 관하여 아래와 같이 판시한다.

“청구인 채○철은 업무상 배임조항이 기업 활동의 영역에 국가 형벌권이 과도하게 간섭하는 것으로 과잉금지원칙에 위배된다고 주장한다. 그러나 대법원은, 기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하고 있어 경영자가 아무런 개인적 이익을 취할 의도 없이 선의에 기하여 가능한 범위 안에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의

이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 결정을 내렸다 하더라도 그 예측이 빗나가 기업에 손해가 발생할 경우가 있는데 이런 경우까지 업무상 배임죄의 형사책임을 묻는다면 죄형법정주의의 원칙에 위배된다고 하면서, 이른바 ‘경영상의 판단’에 관한 법리를 수용하여 기업 경영인의 업무상 배임의 고의 판단을 할 때 엄격한 해석기준을 적용하고 있다(대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도 4229 판결). 또한 어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제는 입법자의 광범위한 입법재량의 범위 안에 있다(헌재 2008. 4. 24. 2007헌가20 참조). 이러한 사정을 종합하여 보면, 업무상 배임조항이 국가형벌권 행사에 관한 입법재량의 범위를 벗어난 과잉입법이라고 보기 어렵다.”

구성요건의 명확성과 관련하여, 재산이동범죄이자 결과범인 우리 배임죄에서 각 행위반가치와 결과반가치의 핵심 요건인 임무위배행위 및 이익취득에 따른 손해발생은 모두 명확성을 충족할 것이 요구된다. 이에 관해 헌법재판소는 손해개념에 대한 청구인의 불명확성 주장을 배척하고 있다. 위 결정에서 주목되는 부분은, 우리 법원에 의해 경영판단의 법리에 따른 배임죄 고의의 엄격해석이 수용되어 있다고 하면서 이를 과잉금지원칙에 합치하는 근거로 원용하는 점이다. 이는 독일연방헌법재판소가 배임죄의 의무위반 요건의 명확성 판단에서, 의무위반의 중대성을 요구하는 법원의 일부 판례에서의 법률해석을 의무위반 개념이 명확성에 합치한다는 결정의 논거로 원용한 부분을 연상시킨다. 그러나 우리 헌법재판소의 판시는 독일의 그것과 달리 합헌성을 충분히 논증하였다고 보기 어렵다. 헌법재판소는 임무위배개념에 관한 판단은 이 결정 어디에서도 하지 않고 있는데, 배임죄의 임무위배 개념의 포괄성이 불명확성의 소지를 갖는다고 판단될 수도 있고, 또는 그 포괄성 자체가 과잉포섭의 문제를 발생할 여지도 있으므로, 임무위배에 대해서 명확성 또는 과잉금지원칙 중 적어도 한 곳에서는 판단되었어야 할 것으로 보이기 때문이다. 그럼에도 헌법재판소는 손해 개념의 명확성에 관해서만 언급할 뿐 임무위배행위에 대해서는 명확성 및 과잉금지에 관하여 아무런 판단을 하고 있지 않다. 이는 청구인이 이 점을 주장하지 않은 때문⁷⁷⁵⁾으로 추측되나,

775) 청구인의 주장을 인용하면 다음과 같다. “업무상 배임조항의 구성요건인 ‘손해’는 그 의미가 명확하지 아니하여 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다. 또한 이사

이러한 태도는 헌법재판의 직권주의구조에 부합하지 않고 정확하고 충분한 논증으로 보기도 어렵다. 끝으로 위 결정이 오직 고의의 제한해석만으로 구성요건에 내재된 헌법적 문제가 해결될 수 있다는 발상에 입각한 것도 문제이다. 형사처벌에 대한 수범자의 예측가능성은 고의가 아닌 객관적 구성요건에 기반하며, 오직 과잉금지의 영역에서만 문제되는 고의와 달리 객관적 구성요건인 임무위배행위의 경우에는 그 과잉적용의 근본 원인이 개념의 불명확성에서 기인할 여지가 있기 때문에 불명확성에 대한 판단은 생략될 수 없는 것이다.

규범적 구성요건으로서의 임무위배행위가 갖는 포괄성만을 이유로 배임죄 조항이 위헌이라고는 단정할 수 없다. 이는 다양한 배임적 행위양태를 포섭할 수 있도록 의도된 것으로서 법관의 해석을 통해 구체화될 수 있고 그 축적을 통하여 예측가능성이 확보될 수 있기 때문이다. 그리고 이러한 입법자의 판단은 입법자에 부여된 광범위한 입법재량에 의해 지지되므로, 헌법재판소의 결정의 ‘결론적’ 타당성은 유지될 수 있다.

다만 명확성원칙 위반여부 판단에서 임무위배행위에 관한 판단을 완전히 생략한 것은 배임죄 구성요건의 명확성 판단에 있어서 정확한 논증으로 보기 어렵다.⁷⁷⁶⁾ 적어도 법원의 해석을 통하여 임무위배 개념이 구체화될 수 있다는 정도는 언급되었어야 할 것으로 생각된다. 독일 연방헌법재판소는 배임죄의 명확성원칙 위반여부에 관한 결정⁷⁷⁷⁾에서, 법원은 형벌법규의 적용범위에 관한 모호함을 가능한 한 판례를 통해서 한정하고 해석을 통해서 구체적으로 특정하여야 함을 주문에 명시하여, 법원에게 있어서 포괄적 형벌구성요건에 대한 구체화의 요구 또는 책임은 법치국가 및 죄형법정주의에 따른 헌법적 요청임을 확인하고 있다.

등의 경영행위와 관련하여 주의의무나 충실의무 위반에 대하여 민사책임과 별도로 형사상 배임죄의 죄책을 묻는 것은 사적 자치가 보장되어야 하는 기업 활동의 영역을 국가 형벌권이 과도하게 간섭하는 과잉입법으로서 과잉금지원칙에 위배된다.”

776) 손해 개념은 법률 일반에서 널리 사용되고 있고 재산범죄의 경우 그것이 구성요건에 기술되지 않았더라도 재산범죄에 공통으로 요구되는 결과반가치라고 볼 여지가 있는데다, 구성요건의 정형성, 수범자의 예측가능성 및 형법의 보장적 기능에 직결되는 것은 구성요건에 규정된 ‘행위’ 이기 때문에, 배임죄 구성요건의 명확성 면에서는 손해보다 임무위배의 명확성이 중요하기 때문이다. 그러나 헌법재판소는 2019. 12. 27 선고 2017헌가18 결정에서도 임무위배에 관한 합헌성 판단을 생략하고 있다.

777) NJW 2010, 3209. 결정주문 2번의 실시내용이다.

사실 우리 헌법재판소 역시 다른 사건에서는 이하와 같이 법관의 보충적 해석을 ‘필요’로 한다고 실시한바 있다.⁷⁷⁸⁾

결국 임무위배행위 개념이 갖는 포괄성의 문제는 중대성이라는 또다른 불명확한 요건의 도입보다는, 법원의 역할, 특히 판례를 통한 구체화가 중요하다. 특히 우리 배임죄의 임무위배행위는 횡령죄의 영득행위에 대응하는 ‘이득행위’의 의미를 갖기 때문에, 독일과 일본의 그것에 비교할 때 명확성의 문제가 완화될 수 있다. 횡령죄의 영득행위에 대해서는 그 개념의 포괄성에 불구하고 별다른 위헌시비가 없음이 이를 보여준다.

법원은 배임죄가 성립하거나 부정되는 모든 사례에서 적극적으로 임무위배행위 여부를 판단하여 그에 관한 풍부한 판례를 축적하고, 학설은 다양한 논의를 통해서 그 일반적 및 구체적 기준제시에 노력함으로써 수범자의 예측가능성이 제고될 수 있다. 특히 이사의 행위의 경우 “기업인이 ‘할 수 있는 것’과 ‘할 수 없는 것’의 행동준칙”은 “법원이 판례를 통해 배임유형에 따라 비난가능한 사례를 구분해야” 한다.⁷⁷⁹⁾ 그러나 다수의 사례에서 임무위배의 판단을 회피하고 실질적으로 배임의 고의 여부 판단을 통해서 배임죄의 성부를 결정짓는 법원의 경향은, 포괄적 개념인 임무위배행위의 해석의 축적을 통해 수범자의 예측가능성을 제고하여야 한다는 법치국가적 본분의 수행과는 큰 거리가 있어 보인다.

778) 헌재 2007. 3. 29. 2006헌바69, 판례집 19-1, 258 [합헌](형법 제139조 위헌소원 사건). “헌법 제12조 제1항 후문은 누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다고 규정하고 있다. 이러한 죄형법정주의의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. 그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하더라도 입법권자가 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하여야 한다는 것은 아니다. 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성의 원칙에 반드시 배치되는 것이라고 볼 수 없다. 즉 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지 충분히 알 수 있도록 규정되어 있다면 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배되지 않는다고 보아야 한다. 그렇게 보지 않으면 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이다.”

779) 법률신문 2014. 3. 25. 기사 “[특별좌담] 배임죄 성립과 처벌수준, 과연 적절한가” 중 이상원 교수 발언부분 (참석자 신동운, 이상원, 박미숙, 최준선, 배상근).

제2절 이사의 임무부담의 상대방

제1항 임무의 본인으로서 ‘회사’

1. 배임죄의 ‘본인’

우리 배임죄의 구성요건은 “타인의 사무를 처리하는 자”가 그 임무에 위배하는 행위를 하여 재산상 이익을 취득하고 본인에게 손해를 가할 것으로 규정되어 있다. 여기에서 ‘타인의 사무를 처리한다’고 할 때의 ‘타인’은 사무의 주체이고, ‘본인에게 손해를 가한다’고 할 때의 ‘본인’은 재산의 귀속주체인바, 배임죄에서 타인의 사무는 재산의 귀속주체인 본인의 재산을 관리·보전하는 것이므로 배임죄의 ‘타인’은 곧 ‘본인’인 관계가 성립한다는 것이 통설⁷⁸⁰⁾이고, 판례 또한 그러하다.⁷⁸¹⁾ 이사와 회사 사이에는 위임관계가 존재하고(상법 제382조 제2항, 민법 제681조), 이사는 회사에 대해 선관의무 및 충실의무(상법 제382조의3), 경업금지(상법 제397조) 및 자기거래금지(상법 제398조) 의무 등을 부담하는 점을 종합하면 이사가 회사재산의 관리·보전사무를 처리하는 점은 법령만에 의하더라도 명확하므로, 그 재산의 귀속주체인 회사가 이사에 대한 ‘본인’이 될 수 있음에 의문이 없다. 그런데 ‘본인’이 회사라는 점이 반드시 이사의 임무가 오직 회사의 이익을 위한 것에 한정됨을 의미하는가에는 의문이 있을 수 있다. 사무의 ‘귀속’과 ‘목적’은 개념상으로는 구별될 수 있고, 이사가 회사에 대한 관계에서 주주를 위해 사무를 처리할 의무를 부담한다는 논리도 있을 수 있다고 보이기 때문이다.⁷⁸²⁾ 또한 주주는 이사에 대해 본인이 될 수 없는가에 대해서 의문이 있을 수 있다.

780) 신동운, 앞의 책(주 164), 1240면. 다만 양자가 일치하지 않는다는 견해로는 박성민·서순택, “배임죄에 있어 임무위배행위의 제한과 실제”, 성균관법학 제22권 제1호, 2010. 4, 125면.

781) 대법원 2009. 2. 26 선고 2008도11722 판결. “배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 위법한 임무위배행위로 재산상 이익을 취득하여 사무의 주체인 타인에게 손해를 가함으로써 성립하는 것이므로 (후략)”

782) 배임죄의 주체성 논의에서 타인의 사무와 타인을 위한 사무가 개념상 구별된다는 점{신동운, 앞의 책(주 164), 1243면; 김성돈, 형법각론(제5판), SKKUP, 2018, 448면}에 비교될 수 있다.

II. 판례의 태도 : 법인격 준별에 대한 의문

전통적인 법인격준별론을 엄격하게 관찰하면 배임죄의 적용에 있어서 이사에 대한 본인은 회사이고, 이사는 오직 회사를 위하여 일하기 때문에 주주에 대한 손익은 회사에 대한 임무의 내용으로 고려될 여지가 없다. 예컨대 판례는 과거 1인회사에서 회사의 손해는 바로 그 1인주주의 손해를 의미하므로 회사에 대한 배임죄는 성립할 수 없다고 판시⁷⁸³⁾하였으나, 전원합의체판결⁷⁸⁴⁾을 통해서 입장을 변경, “주식회사의 주식이 사실상 1인 주주에 귀속하는 소위 1인 회사에 있어서도 행위의 주체와 그 본인은 분명히 별개의 인격이며 그 본인인 주식회사에 재산상 손해가 발생하였을 때 배임의 죄는 기수가 되는 것이므로 궁극적으로 그 손해가 주주의 손해가 된다고 하더라도(또 주식회사의 손해가 항상 주주의 손해와 일치한다고 할 수도 없다) 이미 성립한 죄에는 아무 소장이 없다”라고 판시하여 엄격한 법인격 준별론의 입장을 취하였고 이러한 태도는 최근까지도 유지되고 있다.⁷⁸⁵⁾ 그러나 판례의 법인격 준별론이 일관성 있게 견지되는가에 대해서는 적지 않은 의문이 있다. 이하에 예시될 이사의 배임적 행위에 대한 일련의 형사판결들은 배임죄에서 이사의 임무가 오직 회사에 대한 것인가, 또는 회사에 대한 임무에 회사의 이익이 아닌 주주의 이익이 고려될 수 있는가에 대한 의문의 단초를 제공하고 있다.

① 기부행위

이 사례에서는 은행장인 피고인이 퇴임하기 직전에 퇴임후 자신을 초빙교수로 채용하기로 예정된 경영대학원에 은행으로 하여금 그 자금으로 2억원을 기부한 행위에 대해서 은행을 피해자로 한 업무상배임죄의 성부가 문제되었다. 대법원⁷⁸⁶⁾은 “주식회사가 그 재산을 대가 없이 타에 기부, 증여하는 것은 주주에 대한 배당의 감소를 가져오게 되어 결과적으로 주주에게 어느 정도의 손해를 가하는 것이 되지만 그것이 배임행위가 되려면 그 회사의 설립목적, 기부금의 성격, 그 기부금이 사회에 끼치는 이익, 그로 인한 주주의 불이익 등을 합목적으로 판단하여 그 기부행위가 실질적으로

783) 대법원 1974.4.23. 선고 73도2611 판결; 1976.5.11. 선고 75도823 판결.

784) 대법원 1983. 12. 13. 선고 83도2330 전원합의체 판결.

785) 횡령죄에 관한 것으로서, 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005도5772 판결.

786) 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010도568 판결.

주주권을 침해한 것이라고 인정되는 정도에 이를 것을 요한다.”는 법리를 설시하고, 피해자인 은행이 피고인이 채용된 학교법인에 지점을 개설하고 있는 점, 해당 지점에서 얻는 수익을 고려할 때 적정수준 내로 보이는점, 거래관계 지속을 위해 이전에도 꾸준히 기부를 해온점 등을 들어 피고인의 행위가 실질적으로 은행 주주의 주주권을 침해하는 정도에 이르렀다고 볼 수 없으므로 업무상 배임죄가 성립하지 않는다고 판시하였다. 법인격 준별론에 의하면 문제의 기부행위의 배임행위성 및 손해발생 여부는 주주의 손익이 아니라 법인인 은행의 손익을 기준으로 하여야 한다. 그러나 대법원은 기부행위의 배임행위성을 주주권 침해 여부를 기준으로 판단함을 명확히 밝히고 있고, 여기서 주주는 관념적 의미의 주주 전체를 의미한다고 보인다. 이러한 법리는 기부행위의 임무위배행위 여부가 문제된 다른 사안에서도 반복하여 설시되고 있다.⁷⁸⁷⁾⁷⁸⁸⁾

② 전환사채 저가발행

과거 대법원⁷⁸⁹⁾은 이사가 주식전환으로 인한 시세차익을 얻을 의도로 전환사채를 저가발행한 경우 주식 시가와 전환가액의 차액 상당의 재산상의 이익을 취득하고 회사에게 손해를 가한 행위로서 배임죄가 성립할 수 있다는 취지로 판시하여 왔다. 그런데 대법원은 전환사채의 저가발행이 문제된 또 다른 전원합의체 판결⁷⁹⁰⁾에서, 전환사채 저가발행의 임무

787) 대법원 1985. 7. 23. 선고 85도480 판결, 대법원 2005. 6. 10. 선고 2005도946 판결.

788) 다만 이와 다른 판단기준을 제시하는 판결도 있다; 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010도 9871 판결; “채무구조가 열악한 회사의 대표이사가 제3자에게 회사의 자산으로 거액의 기부를 한 경우 그로써 회사를 채무초과 상태에 빠뜨리거나 채무상황이 곤란한 상태에 처하게 하는 등 그 기부액수가 회사의 재정상태 등에 비추어 기업의 사회적 역할을 감당하는 정도를 넘는 과도한 규모로서 상당성을 결여한 것이고 특히 그 기부의 상대방이 대표이사와 개인적 연고가 있을 뿐 회사와는 연관성이 거의 없다면, 그 기부는 대표이사의 선량한 관리자로서의 업무상 임무에 위배되는 행위에 해당한다 할 것이고, 그 대표이사가 실질적 1인 주주라는 등의 사정이 있다고 하더라도 마찬가지라 할 것이다”.

789) 대법원 2001. 9. 28. 선고 2001도3191 판결; 대법원 2005. 5. 27. 선고 2003도5309 판결.

790) 대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체 판결 “회사가 주주 배정의 방법, 즉 주주가 가진 주식 수에 따라 신주, 전환사채나 신주인수권부사채(이하 ‘신주 등’이라 한다)의 배정을 하는 방법으로 신주 등을 발행하는 경우에는 발행가액 등을 반드시 시가에 의하여야 하는 것은 아니다. 따라서, 회사의 이사로서는 주주 배정의 방법으로 신주를 발행하는 경우 원칙적으로 액면가를 하회하여서는 아니 된다는 제약 외에는 주주 전체의 이익, 회사의 자금조달의 필요성, 급박성 등을 감안하여 경영판단에 따라 자유로이 그 발행조건을 정할 수 있다고 보아야 하므로, 시가

위배행위성 판단에 있어서 주주배정과 제3자배정을 구분하여 후자에 대해서만 임무위배행위를 긍정하였다. 법인격준별론에 의하면 임무위배행위 여부 및 손해발생 여부는 저가발행행위가 (주주가 아닌) 회사의 손익에 끼치는 영향과 관련하여 판단된다. 여기에서 회사에 대한 손해는 시가 또는 공정가액으로 전환가액을 정하여 발행한 경우 증가될 수 있었던 재산이 증가되지 않았다는 의미의 소극적 손해를 의미할 것인바, 회사의 입장에서는 전환가액을 얼마로 정하는가가 손해를 좌우할 뿐이기에 누구에게 발행하는가는 회사와 아무런 상관이 없고 따라서 저가발행은 상대방이 누구든 상관없이 회사에 대한 임무위배행위에 해당한다고 보아야 한다. 그럼에도 위 판결은 오직 주주배정에 한하여 임무위배성을 부정한 것이기 때문에, 주주의 이익, 적어도 주주전체에 공통된 이해관계는⁷⁹¹⁾ 회사에 대한 임무에 반영될 수 있음이 전제되어야 모순없이 설명될 수 있다.

③ LBO

LBO는 인수대상회사의 자산 또는 그 가치가 인수자에게 제공되는 구조적 특성 때문에 그 유형을 불문하고 배임죄 성부가 문제될수 있다. 엄격한 법인격준별론의 입장에서는 인수대상회사의 이사가 소속회사인 본인의 자산이나 가치를 인수회사에 제공하는 행위는 대상회사인 본인의

보다 낮게 발행가액 등을 정함으로써 주주들로부터 가능한 최대한의 자금을 유치하지 못하였다고 하여 배임죄의 구성요건인 임무위배, 즉 회사의 재산보호의무를 위반하였다고 볼 것은 아니다. 그러나 주주배정의 방법이 아니라 제3자에게 인수권을 부여하는 제3자 배정방법의 경우, 제3자는 신주 등을 인수함으로써 회사의 지분을 새로 취득하게 되므로 그 제3자와 회사와의 관계를 주주의 경우와 동일하게 볼 수는 없다. 제3자에게 시가보다 현저하게 낮은 가액으로 신주 등을 발행하는 경우에는 시가를 적정하게 반영하여 발행조건을 정하거나 또는 주식의 실질가액을 고려한 적절한 가격에 의하여 발행하는 경우와 비교하여 그 차이에 상당한 만큼 회사의 자산을 증가시키지 못하게 되는 결과가 발생하는데, 이 경우에는 회사법상 공정한 발행가액과 실제 발행가액과의 차액에 발행주식수를 곱하여 산출된 액수만큼 회사가 손해를 입은 것으로 보아야 한다. 이와 같이 현저하게 불공정한 가액으로 제3자 배정방식에 의하여 신주 등을 발행하는 행위는 이사의 임무위배행위에 해당하는 것으로서 그로 인하여 회사에 공정한 발행가액과의 차액에 상당하는 자금을 취득하지 못하게 되는 손해를 입힌 이상 이사에 대하여 배임죄의 죄책을 물을 수 있다.”

791) 모든 주주가 지분에 비례하여 신주를 인수한 때에 이사의 임무위배가 없다고 해서, 일부 주주가 신주인수를 포기한 때에도 똑같이 이사의 임무위배가 없다고 할 수는 없을 것이다. 송옥렬, “신주의 저가발행에서 이사의 임무위배”, 민사판례연구 [XXX III-(上)], 2011, 717-718면 참조.

재산을 지출하거나 법인격을 소멸시키고 제3자인 인수회사에 재산상 이익을 취득하게 하는 행위이기 때문에 임무위배행위로 인정될 가능성이 매우 높다. 실제 대법원은 인수자가 금융기관으로부터 인수자금을 차입하여 대상회사의 주식을 66% 취득한 뒤 사전 약정에 따라 대상회사 자산을 인수자금을 차입한 금융기관에 담보로 제공한 사건⁷⁹²⁾에서, 결과적으로 인수대상회사의 기업경영이 정상화되었음에도 불구하고 업무상 배임죄의 성립을 인정하였다.

반면에 대법원은 인수자가 금융기관으로부터 인수자금을 차입하여 대상회사 주식을 100% 취득한 뒤에 그 자산을 담보로 제공한 사건⁷⁹³⁾에서는, 배임죄를 인정한 1심판결을 파기하고 무죄를 선고한 원심을 확정하였다. 동일한 담보제공형 LBO에서 지분의 일부취득과 전부취득의 경우 사이에 배임죄의 성부를 달리하는 것은 전체 주주의 이익을 회사의 이익과 동일시하지 않는 한 설명하기 어렵다.

한편 인수 후 대상회사의 자금을 감자나 배당 등 방법으로 인수회사에 유출하는 분배형 LBO의 사례에서⁷⁹⁴⁾ 법원은 배임죄 성부 판단에 개별 주주의 이익을 고려하고 있다.⁷⁹⁵⁾

“상법이 주주와 독립된 법인격을 가지는 주식회사 제도를 마련하고 심지어 1인 주주의 주식회사도 인정하는 취지는, 주주와 독립된 경제주체로서 회사 자체의 재산과 영업을 중심으로 경제활동을 수행하고 이에 따른 책임은 회사의 재산으로만 지도록 하여 완전한 경제활동의 주체로서 사회적 책임과 역할을 부여하는 것에 있고, 이러한 취지를 달성하기 위해서는 회사와 거래하는 회사채권자들과 주주(소수주주를 포함하여)들의 보호 역시 필수불가결한 것이어서, 상사관련

792) 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004도7027 판결.

793) 인수인이 대상회사와 사이에 대상회사가 구주 전량을 유상소각하고 유상증자 및 신주인수권부사채발행을 실시하면 인수인이 발행신주 100% 및 신주인수권부 사채를 인수하기로 약정한 후 금융기관으로부터 인수자금을 차입 및 약정을 이행하여 100%주주인 완전모회사가 되고 나서, 대상회사의 자산을 인수자금을 차입한 금융기관에 담보로 제공한 사안이다.

794) 부산지법 2010. 8. 10. 선고 2010고합73 판결 (대법원 2013.6.13. 2011도524 판결의 제1심 판결).

795) 법인격준별론의 입장에서 보면 회사의 재산이 유출되는 행위이기 때문에 그 위법성 또는 부당성 여하에 따라서는 임무위배행위로 인정될 가능성이 있고, 주주의 이익은 고려의 대상이 될 수 없다.

법령은 회사의 재산을 유지·보전하고 주주평등의 원칙을 실현하기 위한 여러 가지 제도적 장치를 마련하고 있는데, 이러한 법령상의 규정에 따라 회사의 업무를 수행하는 것은 이사의 회사에 대한 임무임과 동시에 회사채권자와 주주에 대한 임무이기도 하다. 따라서 비록 주식회사의 이사가 회사채권자나 주주에 대한 관계에서 배임죄의 성립에 필요한 신임관계를 직접 가지지는 않는다 하더라도, 위와 같은 회사제도의 취지를 몰각할 정도로 법령에 위반하는 업무의 수행을 할 경우, 특히 그 위법성의 정도가 심각하여 업무행위가 무효에 까지 이른 경우에는 위법하고도 원인없는 행위로 인하여 회사의 재산이 주주 등에게 유출됨으로써 회사에 손해를 입히는 결과가 발생하므로, 이러한 경우에는 이사의 주주 또는 회사채권자에 대한 보호 의무 위반이 회사에 대한 신임관계를 저버리는 것이 되어 배임죄가 성립할 수 있다...(중략)... 단주가액 산정 등에 대한 검토 등에 의하면...(중략)... 상법에서 정한 바와 달리 단주를 처리한 점은 있지만, (실제 보상된 금액이) 시가를 훨씬 넘어선 금액이어서 단주를 상실하는 주주들에게 전혀 부당하지 않은 수준인 것으로 보이는 점...(중략) 이들 사정에 의하면, 피고인들이 위와 같은 단주 처리에 관한 상법 규정을 위반함으로써 단주를 상실하는 주주들에게 손해를 입혔다고 볼 수 없으며...(후략)”

④ 그 밖의 판례

“회사의 대표이사는 이사회 또는 주주총회의 결의가 있더라도 그 결의내용이 회사 채권자를 해하는 불법한 목적이 있는 경우에는 이에 맹종할 것이 아니라 회사를 위하여 성실한 직무수행을 할 의무가 있으므로 대표이사가 임무에 배임하는 행위를 함으로써 주주 또는 회사채권자에게 손해가 될 행위를 하였다면 그 회사의 이사회 또는 주주총회의 결의가 있었다고 하여 그 배임행위가 정당화될 수는 없다” 796)

796) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2012도717 판결(회사의 대표이사인 피고인이 이사회 결의를 거쳐 자신이 개인적으로 설립한 다른 주식회사의 설비비용 마련을 위한 대출금 채무에 보증한 사안에서 임무위배행위 및 배임죄 성립을 긍정); 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도4915 판결(회사의 1인주주이자 실질적 대표이사인 피고인이 상속세 납부자금 마련을 위한 주식매매계약에 수반하여 회사의 부동산을 담보로 제공한 사안에서 임무위배행위 및 배임죄 성립을 긍정); 대법원 1989. 10. 13. 선고 89도

상기 판례들은 주주의 이익침해를 임무위배의 판단기준으로 명시하거나 적어도 전체로서의 주주의 이익을 고려하지 않으면 논리적 설명이 곤란한 결론을 내리고 있고, 일부 판결은 개별주주의 이익까지도 고려하고 있다. 이러한 판결은 임무위배 및 손해의 판단에서 회사의 법인격만을 기준으로 고수하는 기존의 엄격한 법인격준별론으로는 설명할 수 없는 것이다.

제2항 이사의 임무에 고려되는 이익

I. 논의의 출발

주주의 이익을 이사의 회사에 대한 임무위배 판단에 고려하는 위 판결들의 시각을 배임죄에서 이사의 임무와 관련하여 어떻게 설명할 것인가가 문제된다. 다만 위와 같이 다양한 태도를 보이는 판결들을 설명할 수 있는 기준의 정립은 일단 차치하고, 여기서는 주주의 이익이 이사의 임무에 고려될 수 있는가의 문제에 보다 집중하기로 한다.

논의의 출발점은, 법인격이 부여된 실체인 회사는 권리의무의 주체이면서 동시에 권리의무의 객체로서 타인의 재산이 될 수 있고, 전자의 성격이 후자를 당연히 배제하지 않는다는 점이다. 아래의 판결⁷⁹⁷⁾은 그와 같은 사고를 보여준다.

“회사의 이사는 회사에 자본을 출연한 주주가 선임하며 선임된 이사는 ‘회사라는 재산’을 관리, 운영하여 주주에게 수익을 나누어 주는 역할을 하는데, 주주 이익의 극대화를 통해 자신의 임기가 연임될 수 있도록 자신의 임무에 최선을 다할 유인(incentive)이 존재한다. 그런데 회사의 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 법령 또는 정관이 부여한 임무를 해태하는 경우 배임죄가 성립하고, 회사의 이사가 상법상 부담하는 선량한 관리자의 주의의무라 함은 보통의 주의력을 가진 행위자가 구체적인 상황에서 통상 가져야 할 주의의 정도를 말한다. 그리고 이러한 선관주의의무는 회사규모의 대소, 업무의 종류와 그 내용, 행정관청의 지휘감독을 받는 공기업적인 색채가 농후한 기업에서는 관

1012 판결.

797) 서울고등법원 2009. 12. 29. 선고 2008노3201, 2008노3330(병합) 판결(이른바 론스타 매각 배임사건).

청과의 관계 등 구체적인 제반 상황을 고려하여 그 범위가 결정된다”

II. 회사 및 주주의 이중적 성격

1. 회사의 이중적 성격

우리 형법은 회사의 법인격에 대하여 특별한 규정을 두고 있지 않다. 회사는 법인격의 주체이기는 하지만 그 자체가 주주 전원에 의하여 소유되는 일종의 재산이라고 할 수 있다.⁷⁹⁸⁾ 거래계에서는 회사 자체가 독립한 거래의 대상이자 관리의 객체로 관념되고, 회사가 소유하는 물적 자산의 합계와 구별되는, 회사 자체의 고유한 경제적 교환가치의 환산 가능성이 긍정되고 있다. 한편 우리 형법도 회사 자체를 재산으로 관념할 가능성을 배제하지 않는 것으로 생각된다. 민법은 법인을 독립한 인격체로 규정하고 상법은 회사의 종류에 따라 별도 규정을 두어 규율하는 반면에, 형법은 법인에 관해 별다른 규정을 두지 않고 법인이라는 용어 자체를 사용하지 않는다.⁷⁹⁹⁾ 형법에서 회사의 법인격을 특별히 취급할 규범적 근거를 찾기 어렵다면, 회사가 갖는 법인격이 그 재산적 성격에 대한 형법적 규율을 배제시킨다고 보아야할 규범적 근거 역시 찾기 어렵다.⁸⁰⁰⁾ 주식회사에 대해서 법인격 및 주주 전원의 재산으로서의 성격을 동시에 긍정하는 경우 그 이사는 회사의 기관인 동시에 주주의 재산을 관리하는 관리자의 지위를 겸유한다. 다만 재산의 위탁자로서 주주 전원이 갖는 법적·사실적 한계로 인하여 이사의 임무의 직접 상대방으로는 되지 않는다. 법인격이 회사의 재산적 성격을 배제하지 않듯이, 재산적 성격만을 강조하여 회사의 독립적 인격성이 배제되어서는 곤란하다. 회사는 독립적 인격체성과 주주의 재산인 성격을 동시에 갖기 때문에, 이사의 행위에 대한 배임죄의 해석 및 적용에 있어서 이러한 특성이 고려

798) 회사의 본질에 대해서는 주요 각국에서 과거부터 다양한 견해가 주장되어 왔으나, 여기서는 거래의 객체가 된다는 의미에서의 재산적 가치에 주목하고자 한다.

799) 단지 형법 제43조에서, 법인의 이사가 되는 자격이 자격상실 또는 정지의 대상임을 규정하기 위해서 법인이 언급되고 있을 뿐이다.

800) 경제적 재산개념의 핵심인 ‘시장에서의 교환가치’ 척도는 자연인인 인간에게도 예외될 수 없다. U. Nelles, Untreue zum nachteil von Gesellschaften; Zugleich ein Betrag zur Structur des Vermögensbegriffs als Beziehungs begriff, 1991, 382-385면; 이를 언급한 문헌으로 이상돈, 증권형법, 법문사, 2011, 186면 본문 및 주 38. Nelles는 법인의 재산은 형법적으로 전체 주주의 소유라고 주장한다. Nelles, 같은 책, 479면 이하.

될 필요가 있다.

2. 주주의 이중적 성격

기술한 회사의 이중적 성격에 대응하여, 주식회사의 주주 역시 회사의 최고 기관인 동시에 회사의 소유자라는 이중적 지위를 갖는다. 주식회사에서 이사와 회사 간의 위탁관계는 전체 주주에 의해서 부여되는 일종의 3자간 위탁관계로서⁸⁰¹⁾ 그 형성은 총 주주의 의사에 기반할 수밖에 없다. 전체 주주는 이사를 선임하여 위탁관계를 형성함에 있어서 자신의 이중적 지위를 투영한다. 재산으로서의 회사에 대한 관리인인 이사를 선임하는 전체 주주의 의사는, 적어도 회사의 이익에 상충하지 않는 한도에서 전체 주주를 위하여 일하게 할 의사, 전체 주주의 재산인 회사를 잘 관리하라는 의사를 포함한다고 봄이 합리적이다. 다만 회사의 법인격을 우선하여, 전체 주주는 이사에게 회사의 사무를 처리하게 하면서 그 사무처리에 있어서 전체주주의 이익을 고려하게 하는 것이다. 현행법이 이사가 주주의 이익침해를 사유로 주주에 의해서 언제든지 해임⁸⁰²⁾될 수 있도록 규정하는 점은 이를 뒷받침할 수 있다. 다만 전체 주주는 단일한 법인격을 갖지 않고 개별 주주들 간의 이해관계가 잠재적 또는 현실적으로 대립하는 한계가 있기에 이사에게 직접 전체 주주에 대한 의무를 부담시키지 않고, 회사의 사무를 처리하되 전체 주주의 이익을 고려하게 하는 간접적 형태를 취하게 된다. 이처럼 이사에 대한 위탁은 주주총회에서 전체 주주에 의한 것이기 때문에, 고려되는 주주의 이익은 개별주주가 아닌 전체주주의 이익을 의미한다.

Ⅲ. 배임죄의 불법

배임죄의 배신성의 핵심은 재산의 귀속주체인 본인으로부터 재산을 사실상·법률상 관리 또는 처분할 수 있는 우월적 지위(Machtstellung)를 부여받은 자가⁸⁰³⁾ 본인과의 내적 관계에서 부담하는 재산보호의무에 위반

801) 오영근, “2010년도 형법판례 회고”, 형사판례연구[19], 박영사, 2010, 674면.

802) 상법 제385조(해임) ①이사는 언제든지 제434조의 규정에 의한 주주총회의 결의로 이를 해임할 수 있다

803) 이용식, “대물변제예약 부동산의 이중매매와 배임죄의 형사불법적 구조”, 235-236면.

하여 그것을 실행하는 데에 있다.⁸⁰⁴⁾ 나아가 이득적인 동시에 재산이동 범죄인 우리 형법에서 임무위배행위의 불법은 이러한 배신적 행위로 재산상 이익을 이전시키는 점에서도 찾을 수 있다.⁸⁰⁵⁾ 주식회사가 갖는 소유와 경영의 분리구조⁸⁰⁶⁾, 그리고 그에 따라 이사가 회사로부터 위탁받은 재산에 대하여 갖는 우월적 지위는 수탁자인 이사의 행위로 하여금 배임죄의 가장 전형적인 불법구조를 형성하게 한다.⁸⁰⁷⁾ 여기에서 법인격의 준별은 이사가 재산을 위탁받는 상대방을 ‘회사’로 확정함으로써 소유와 경영의 분리에 수반하는 재산과 업무의 분리를 근거짓는다.

그러나 소유와 경영의 분리에 관하여 바라보는 시선을 전환하면, 배임죄의 전형적 불법구조는 소유자인 전체주주로부터 위탁받은 회사라는 재산에 대해서 경영자인 이사가 갖는 우월적 지위에도 적용될 여지가 있다. 이러한 점은, 이사가 수행하는 임무에 있어서 전체주주의 이익이 형법의 배임죄 조항에 의해서 직접적으로 보호되거나(전체주주를 임무의 직접 상대방으로 긍정) 또는 간접적으로 고려(전체주주의 이익을 회사에 대한 임무수행에 고려)되어야 한다는 당위를 제공할 수 있다.

IV. 상법상 법인격 준별의 완화 : 이사의 제3자에 대한 임무해태책임

형법의 ‘사법친화성(Zivilrechtsaffinität)’⁸⁰⁸⁾은 형법과 사법간의 관계에서 형법의 종속성을 부정하지만, 그것이 배임죄의 임무해석에 있어 사법의 규율내용을 단서나 출발점으로 삼는 것의 배제를 의미하지는 않는다. 우리 상법은 기본적으로 법인격을 준별⁸⁰⁹⁾하는 태도를 취하면서도 독일

804) Schünemann, 앞의 책, 20면.

805) 오영근, 앞의 책(주 573), 374면 “배신과 이득까지 포함하는 용어가 필요하다...배신 설이란 용어를 그대로 쓴다 하더라도 가해와 이득의 의미를 모두 포함하는 것으로 이해해야 한다.”

806) 대법원은 “소유와 경영의 분리”를 주식회사의 특성으로 판시한다. 대법원 2017. 3. 23. 선고 2016다251215 전원합의체 판결 참조.

807) 이것은 이사와 회사의 관계에서 이사에게 부여된 우월적 지위로 인하여 회사재산에 관련한 이사의 회사에 대한 의무불이행은 이미 단순한 채무불이행과 구별되는 형사불법의 실질의 최소한을 갖추게 됨을 의미한다. 따라서 그 처벌을 단순한 민사상 채무불이행의 처벌과 동일시하는 시각은 배임죄의 형법적 불법에 대한 충분한 이해가 전제되어 있다고는 보기 어렵다. 상세는 이용식, “대물변제예약 부동산의 이중매매와 배임죄의 형사불법적 구조”, 223-259면.

808) Schünemann, 앞의 책, 77면.

과 달리 법인격 준별의 완화를 허용하는 특수한 조항을 갖고 있다. 이사의 책임에 관한 상법 제401조가 그것이다. 상법 제401조 제1항은, “이사가 악의 또는 중대한 과실로 인하여 그 임무를 해태한 때에는 그 이사는 제3자에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다” 고 하여, 이사의 회사에 대한 임무해태가 제3자에 대한 민사책임을 발생시킬 수 있음을 규정한다. 이것은 1950년에 개정된 일본 상법 제266조의3 제1항⁸¹⁰⁾ 및 그 해석에 관한 일본의 지배적 견해인 임무해태설을 우리 제정상법의 입법자가 수용한 것으로서, 이러한 입법은 세계에서 일본과 우리나라에 유일하다고 한다.⁸¹¹⁾ 일본에서는 이 조항이 상법에서 가장 판례가 많은 조문의 하나일 정도로⁸¹²⁾ 동 조에 근거한 이사의 책임추궁이 활발하며⁸¹³⁾ 그 인정범위도 매우 넓고⁸¹⁴⁾ 임무해태의 사례에 대한 유형론적 논의도 매우 풍부하다.⁸¹⁵⁾ 반면에 우리나라에서는 활용빈도가 극히 저조하여 일본과 뚜렷한 대조를 보이고 있음이 지적된다.⁸¹⁶⁾ 우리 상법학계의 통설 및 판례는 위 조항의 제3자에 주주와 채권자를 모두 포함시키고 있다.⁸¹⁷⁾ 이에 의하면 회사에 대한 임무수행 시에 주주나 채권자의 이익을 고려하여야 할 규범적 근거는, 현행 상법의 이 조항에 이미 마련되어 있다고 할 수 있다. 이사로 하여금 신중히 업무집행에 임하게 하고 제3자의 보호를 강화한다는 상법 제401조의 입법취지⁸¹⁸⁾에서 드러나듯 회사에 대한 이사의 임무수행에 있어 주주 및 채권자를 비롯한 제3자의 이익을

809) 조국, 앞의 글, 177면은 주주대표소송을 가장 결정적인 법인격준별의 논거로 꼽는다.

810) 일본 상법 제266조의3 제1항 ; “이사(取締役)가 그 직무를 행함에 있어 악의 또는 중대한 과실이 있는 때에는 그 이사는 제3자에 대하여도 역시 연대하여 손해배상의 책임을 진다.”

811) 심준보, “회사 채무의 불이행과 이사의 제3자에 대한 책임”, 민사판례연구 [XXV], 2003, 392면; 송옥렬, 앞의 책(주 319), 1083면.

812) 구회근, “이사의 제3자에 대한 손해배상책임에 관한 판례 분석”, 저스티스 통권 제 90호, 2006. 4, 147-148면.

813) 송옥렬, 앞의 책, 1084면.

814) 다른 대표이사로부터 업무보고를 받고 있어서 그 자를 통하여 지휘·감독을 할 수 있을 것이 기대되었다는 이유로 병원에 입원중인 대표이사에 대해서도 책임이 긍정되었다고 한다. 東京地判 1958. 11. 13., 下級裁判所民事裁判例集 제9권 11호, 2225; 구회근, 앞의 글, 156면 본문 및 각주 135에서 재인용.

815) 심준보, 앞의 글, 402면.

816) 구회근, 앞의 글, 111면.

817) 이철송, 회사법강의(제26판), 박영사, 2018, 800면; 송옥렬, 앞의 책, 1084면.

818) 이철송, 위의 책, 796면; 송옥렬, 위의 책, 1087면.

고려하여 신중을 기하도록 한 것이 독일과 다른 우리 상법 특유의 입법적 결단이기 때문에, 사법의 규율내용에 의한 충전가능성이 열려있는 배임죄의 임무위배행위의 해석에 있어서도 이와 동일한 고려가 수행될 수 있을 것이다.⁸¹⁹⁾⁸²⁰⁾

V. 이사선임 절차

대법원은 2017. 3. 23. 선고 2016다251215 전원합의체 판결을 통하여, 주주총회에서 선임된 이사의 지위 발생을 위해 회사와 위임계약 체결을 요구했던 종래의 판례를 폐기하고, 총회의 선임결의와 피선임자의 승낙만 있으면 곧바로 이사의 지위를 취득함을 분명히 하고 있다. 이는 주주총회의 구성원인 주주 전체와 피선임이사 간의 의사합치를 회사와 이사 간의 의사합치와 동일시⁸²¹⁾하는 것으로 평가될 수 있거나, 적어도 대표이사에게 회사에 대한 관계에서 주주전체가 선임한 이사와 계약을 체결할 의무를 부담시킨 것이기 때문에 주주전체와 회사 간의 관계에 한해서 법인격준별론을 직접적 또는 간접으로 완화하고 있다고 할 수 있다. 이 판례는 (특정 권리관계에 관한 문제 이전의) 권리의무의 포괄적 근거인 지위발생에 관한 것으로서 그 적용범위가 이사의 지위에서 발생하는 권

819) 이사가 ‘회사에 대해서’ 임무를 부담한다는 기본 골격에는 변함이 없기 때문에, 주주 개인과 회사 간 법인격의 준별을 전제하는 주주대표소송 등 법제와 충돌하는 문제도 없다.

820) 이사의 임무에 주주 등의 이익을 고려하게 하는 것에서 더 나아가, 주주와 이사 간 직접적인 신인관계를 상법 제401조에 의하여 인정할 수 있다는 상법학계의 견해로 최문희, “경영자의 배임죄와 회사법상 이사의 의무”, 저스티스 통권 제112호, 2009, 71면. 동일한 시각을 형법에서도 관찰하면 이사에게 주주에 대한 배임죄의 성립이 보다 적극적으로 검토될 여지가 있을 것이다. 반면 주주대표소송이 인정되는 이상 이사에게 개별 주주에 대하여 의무를 부담케 하는 입론은 채택하기에 의문이 있다는 견해로, 송옥렬, “주주의 부와 회사의 손해에 관한 판례의 재검토”, 사법 제2호, 2007. 12, 66면.

821) 정준우, “주식회사 임원선임에 있어서 임용계약의 요부”, 법조 2017. 8, 655-656면; “대표이사와 피선임자인 이사·감사 간에 별도의 임용계약이 반드시 체결되어야 하는 것도 아니다. 원래 계약이란 청약과 승낙에 관한 의사표시의 합체로 이루어지는 것이므로, 임원의 선임에 있어서도 그 주체인 회사와 피선임자의 의사만 합치된다면 충분하다...임원의 선임에 관한 주주총회의 결의는 창설적 효력이 있어 그 자체가 피선임자에 대한 청약이 될 수 있으므로, 그에 대한 피선임자의 명시적·묵시적 동의만 있다면 당사자 간에 위임계약관계가 형성된 것으로 보더라도 무방하기 때문이다.”

리의무관계 전반에 확장될 가능성이 열려있고, 법률관계 전반에서 주주 전체를 회사와 동일시할 수 있는 논리구성의 토대를 제공한다.

Ⅶ. 소결 : 임무판단시 전체주주의 이익 고려

상기에 검토한 내용을 요약하면 다음과 같다. 회사는 이사에 대한 본인인 법인격체인 동시에 전체주주의 재산인 이중성을 갖는다. 따라서 주주총회의 이사선임은 회사 수임인의 선임이면서, 동시에 전체주주의 이익을 위해서 그 재산인 회사를 관리하는 전체주주의 재산관리인의 선임이다. 그러나 위탁자로서 전체주주가 갖는 법적·사실적 한계로 인해 전체주주의 이익은 이사의 회사에 대한 임무수행을 통해서 간접적으로 고려될 뿐이다. 회사와 전체주주 간 이익이 충돌하지 않는 사안에서는 전체주주의 동의가 있는 경우 임무위배는 성립하지 않는다. 그러나 회사와 전체주주 간 이익이 충돌하는 때에는 회사의 이익이 우선되며, 전체주주의 동의는 배임죄의 성립에 아무런 의미를 갖지 않게 된다.

제3항 검토

Ⅰ. 임무의 상대방 : 회사

회사를 주주 전체의 재산으로 파악하면 이사는 주주가 회사라는 재산의 관리를 위해 선임한 자로서 주주전체로부터 그 보유재산인 회사의 관리를 위탁받아 그 사무를 처리하는 자라고 할 수 있으므로, 주주전체와 이사를 직접 신임관계의 당사자로 이해하는 것이 오히려 자연스러운 면이 있다. 그러나 형법의 문언 및 이사와 회사, 주주 간의 각 법률관계를 고려할 때 이사의 배임죄 의율에 있어서 ‘타인’은 어디까지나 주주가 아닌 회사를 의미한다고 읽히는 것이 사실이며, 무엇보다도 형법개념의 실질화가 형법의 보장적 기능을 침해할 수 있다는 지적은 경청할 필요가 있다.⁸²²⁾ 결국 이사가 ‘회사’에 대하여 임무를 부담한다는 기본적인 법리를 유지하되, 회사의 이익을 위하여 일한다는 의미의 임무위배 판단시에 주주 전체의 이익을 고려하여야 할 것이다.

822) 오영근, “신주 등의 저가발행과 배임죄의 성립 여부”, 540-541면.

II. 주주전원의 동의

최근 학계에서 법인격의 극단적인 강조가 갖는 문제점이 다수의 선행 연구를 통해서 제시되고 있다.⁸²³⁾ 회사는 법인격을 갖지만 전체주주의 재산적 성격도 갖기에, 법인격만을 극단적으로 강조하여 회사의 재산적 성격에 대한 형법적 규율을 배제하는 것은 타당하지 않다. 형법은 회사의 재산적 성격에 주목하여 그 소유자인 전체주주의 재산적 법익 보호에 관심을 향할 필요가 있고, 직접적으로 이를 보호대상으로 삼지 않더라도 가능한 범위에서 간접적으로 그들의 이익을 고려하여야 한다. 또한 우리 상법은 이사가 회사에 대한 임무의 수행 시에 제3자의 이익을 고려하여 신중을 기하도록 하려는 취지에서 이사의 제3자에 대한 임무해태책임을 명시적으로 규정하고 있고, 최근의 대법원 판례는 이사선임에 전체주주의 의결만 있으면 회사와 위임계약 체결이 불요하다는 입장으로 전환함으로써 이사와 전체주주 사이를 가로막는 법인격의 차단막을 완화하고 있다.

우리 상법상 나타나는 이러한 법인격 준별 완화는 주주와 이사 간의 관계에 차단막을 완화하고, 전체주주에 의한 직접적인 위탁관계의 성격을 부여하여 배임죄의 전형적 불법구조에 포섭될 수 있게 한다. 이에 배임죄 해석에 있어서 이사가 회사에 대하여 부담하는 임무의 이행에는 전체주주의 이익에 대한 고려가 포함된다고 보아야 한다. 다만 회사에 대한 임무수행에서 고려되는 주주의 이익은 어디까지나 전체 주주의 이익이므로 총 주주에 공통된 이익으로 한정되어야 하며, 개별적인 특정 주주의 이익 또는 과반수 주주의 이익은 고려대상으로 인정될 수 없다. 또한 그것은 회사의 이익에 우선할 수 없다.

결국 전체주주의 동의가 있으면 임무위배는 성립하지 않는다. 여기서 전체주주는 주주 전원을 의미한다고 보아야 할 것이다.⁸²⁴⁾ 다시 말해서,

823) 주로 법인격을 기능적 의미로 이해하여야 한다는 내용으로 주장되고 있다. 예컨대 천경훈, “LBO 판결의 회사법적 의미 - 이사는 누구의 이익을 보호해야 하는가?”, 저스티스 통권 제127호, 2011. 12. 특히 231면 이하.

주주 전원의 동의가 있으면 원칙적으로 회사에 대한 배임죄는 성립하지 않는다. 다만 동의자와 회사 간 이해관계가 충돌하는 등 주주 전원의 동의로 인정할 수 없는 사정이 있는 경우, 예컨대 1인회사에서 1인주주에 의한 동의가 있는 경우에는, 회사의 이익이 우선하는 결과 주주 전원의 동의로 효력을 발생할 수 없게 된다.

제3절 판단기준

제1항 일반기준

I. 서설

우리 형법은 배임죄의 행위를 ‘임무’ 위배행위로 규정하고 있다. 즉 ‘의무’ 위반행위가 아닌 ‘임무’ 위배행위로 규정하고 있으므로, 문언상 다른 법령 등에 의한 의무의 위반과 반드시 동일하게 판단되어야 할 이유가 없다. 임무위배 판단에는 형법적 관점이 반영되어야 한다.

또한 우리 배임죄는 횡령죄와 본질을 같이하는 이득죄이므로, 실행행위인 임무위배행위는 횡령행위에 대응되는 이득행위로 관념될 수 있다.

요컨대 우리 배임죄의 임무위배행위는 ‘임무에 위배하는 이득행위’라고 할 수 있다. 그렇다면 임무위배행위는 이득행위의 성격이 구비되어야 하고, 그것이 본인에 손해를 발생하고 임무에 위배한 것이어야 한다.

이하에서는 앞서 검토한 내용들을 토대로, 임무위배행위의 일응의 판단기준의 정리 또는 체계화를 시도한다. 이득행위의 판단기준으로 행위시의 이익취득관련성과 손해발생관련성을, 임무위배의 판단기준으로 본인의 용인(허용)가능성을 각 제시한다. 이 기준을 이사와 회사의 관계와 연관하여 검토하여 보기로 한다.

824) 공유물의 절취행위에서 절취성의 부정에 공유자 전원의 동의가 필요하듯, 법인격의 차단막이 완화된 상태에서는 재산으로서의 회사 지분을 소유하는 주주 전원의 동의를 요하기 때문이다.

II. 이익취득 관련성

1. 일반론

우리 배임죄는 행위자인 사무처리자가 임무에 위배하여 재산상 이익을 취득하거나 제3자에게 취득하게 하고 본인에게 재산상 손해를 가하는 것을 구성요건으로 하는 이득죄이다. 따라서 그 행위태양인 임무위배행위는 행위자가 사무처리자로서 관리하는 본인의 재산상 이익을 행위자 자신이 취득하거나 또는 제3자에게 취득하게 하는 행위일 것이 요구된다. 이런 의미에서 임무위배행위는 성질상 회사로부터 재산상 이익을 이전시켜 이사 자신 또는 제3자에게 귀속하게 할 수 있는 행위이어야 한다.

배임죄의 행위태양으로서 임무위배행위는 재물을 스스로 취득하거나 제3자에게 취득하게 하는 횡령죄의 영득행위와 객체에서 구별된다고 할 수 있다. 다만 횡령죄의 영득행위에 대해서 행위정형의 적극적 정의가 용이하지 않은 것처럼, 횡령죄와 동일한 성질을 갖는 배임죄의 이득행위 역시 적극적인 정의가 쉽지 않다. 나아가 횡령죄의 영득행위와 배임죄의 이득행위 모두 고의와 행위의 융합현상이 나타나는 문제가 있다. 따라서 일단 그 행위정형에 대한 적극적 정의는 후일의 과제로 남기고, 여기서는 임무위배행위의 필터기능 수행을 위한 체계를 제시하기로 한다. 이것은 다시 이하의 두 가지로 구분하여 검토될 수 있다.

2. 이익취득의 일반적 가능성 (횡기행위, 무효행위, 시장가격 거래)

임무위배행위는 재산상 이익을 이전시킬 수 있는 성격을 갖는 것이어야 하며 이는 이익취득의 일반적 가능성으로 표현될 수 있다. 상품제조회사의 이사가 회사 내규에 반하여 재고상품 조기 폐기를 행하는 경우, 단순한 횡기행위는 행위의 성질상 이익을 취득하게 할 수 있는 성격이 결여되어 있어 배임죄의 임무위배행위가 될 수 없다. 이익취득 관련성이 문제되는 또 하나의 사례는 무효행위이다. 판례는 이사가 개인차용금 채무에 관해 채권자에게 개인명의로 작성하여 교부한 차용증에 채권자의 요청에 따라 추가로 회사의 법인인감을 임의로 날인하여 준 사안⁸²⁵에서 회사의 채무부담으로서 무효이며 배임죄가 성립하지 않는다고 하는 반면

에, 주주총회 특별결의 없이 영업용 주요자산인 부동산을 타에 매각하여 소유권이전등기를 경료한 사안⁸²⁶⁾에서는 매각 및 이전등기가 법률상 당연무효이더라도 임무위배행위를 긍정하는 전제에서 배임죄가 성립한다고 판시한다.

생각건대 대상 행위가 오직 무효인 법률적 행위 그 자체에 그친 경우에는 그것만으로 자기 또는 제3자에게 이익을 취득케 할 가능성 및 위험성이 없으므로 (배임죄의 불능범에 불과하고) 임무위배행위로 볼 수 없으나, 무효행위에 후속하여 재산상 이익의 사실상 이전행위로 나아간 때에는 그 원인무효여부와 관계없이 사실상 재산상 이익을 취득하게 할 가능성이 있다고 할 것이다.

한편 담당이사가 회사에서 내부 의사결정절차 등을 준수하여 지시 또는 사전 지정한 가격을 위반하여 그보다 크게 낮은 가격으로 거래처에 상품을 판매한 경우, 상품판매행위 자체는 추상적으로는 재산상 이익의 이전을 초래할 수 있는 행위이나, 그러한 덤핑가격이 시장의 객관적인 거래 가격 수준과 일치하는 때에는 거래상대방에게 어떤 재산상 이익을 취득하게 하는 행위라고 할 수 없기 때문에 배임죄의 임무위배행위라고 할 수 없다.⁸²⁷⁾

3. 행위자와 이익취득자의 관계

우리 배임죄는 배신성을 본질로 하는 이득죄이면서 이익의 이전을 규율하는 재산이동범죄이기 때문에, 이사와 회사 간 자기거래로 대표되는⁸²⁸⁾ 이익충돌행위는 회사의 재산상 이익을 본인과의 관계에서 이전시

825) 대법원 2004. 4. 9. 선고 2004도771 판결. 판례는 손해의 측면에서 접근하나, 판례의 입장을 이익취득의 측면에서 보면 적법한 대표행위로 볼 수 없어 채권자가 회사에게 동 금액상당 채권을 취득할 수 없고, 채권자도 이러한 행위가 적법한 대표행위가 아님을 알았거나 알 수 있었기 때문에 회사에 대해서 사용자책임이나 법인의 불법행위책임을 추궁할 여지가 없으므로 어떤 재산상 이익을 취득하지 못하였다고 볼 수 있을 것이다.

826) 대법원 1992. 5. 26. 선고 91도2963 판결.

827) 이와 달리 상품판매행위 자체는 추상적으로 재산상 이익의 사실상 이전을 초래할 수 있는 행위이므로 이익취득의 일반적 가능성이 인정된다고 보는 입장에서는, 이익을 취득하게 할 고의가 부정되어 배임죄 성립이 부정될 것이므로, 고의판단의 실익이 있는 사례가 될 수 있다.

828) “상장회사 이사의 전형적인 사익추구행위는 이사가 상장회사의 거래상대방이 되어 자기거래를 하는 경우” 라는 서술로 설민수, 앞의 글(주 574), 48면.

킬 가능성이 내재되어 있다는 점에서 배임죄 불법의 전형적인 외형을 구비한다. 재산상 이익을 행위자인 이사가 스스로 취득하는 행위는 직접, 제3자에게 취득하게 하는 행위는 간접적으로 그러한 외형을 구성한다. 그런데 회사가 행하는 모든 거래의 상대방은 이사와 회사 간 직접 거래가 아닌 이상 이사에 대해서 제3자이기 때문에, 실제로 이사가 행하는 회사의 계약체결 등 회사재산을 상대방에게 이전하는 재산상의 거래는 모두 제3자에 대한 이익취득의 외형을 구비하게 되는 문제가 있다. 이러한 모든 행위에 임무위배행위의 처벌위험이 개재되는 것은 과도하므로 일정한 제한이 필요하다. 앞서 보았듯 시장가로 처분하는 경우 이익의 이전행위가 아니지만, 가격의 평가 역시 용이하지 않기 때문에 다른 제한이 필요하다. 여기에서 제3자의 범위를 제한할 필요성이 대두된다.

단순히 임무위배의 관점에서만 보면 회사의 의사에 반하는 재산처분이 중요하기 때문에 행위자가 자기에게 이익을 이전했는가, 제3자에게 이익을 이전했는가는 중요하지 않을 수 있다. 그러나 이득행위의 관점에서 보면 재산적 효용의 취득이라는 면이 중요하다. 따라서 제3자에 대한 이득행위의 성립은, 이전의 상대방인 제3자와 행위자가 밀접한 관계에 있고, 제3자에게 이전함으로써 행위자 스스로 직접 또는 간접적으로 이득하는 관계가 있는 경우에 대해서 인정하는 것이 타당하다고 본다.

이러한 해석의 합리성은 비교법적 검토로부터도 확인할 수 있다. 다른 나라의 규율사례를 살펴보면, 예컨대 일본의 경우 횡령죄에 있어서 제3자에의 처분에 의한 횡령의 경우에는 그 제3자가 행위자와 밀접한 관계에 있거나 제3자에게 처분함으로써 행위자가 이득하는 관계가 있는 경우에 한하여 횡령죄의 성립을 긍정하는 해석론이 전개된다.⁸²⁹⁾

더 나아가 프랑스의 회사재산남용죄는 명문으로 제3자와 직접·간접적으로 이해관계가 있을 것을 요구⁸³⁰⁾하며, 파기원은 이러한 직·간접적 이

829) 橋爪隆, “橫領行為の意義について”, 法学教室 439号, 2017, 주 43.

830) 이것은 회사재산남용죄 입법시 행위자인 이사와 제3자간 일정한 이해관계의 존부를 이육범인 동 죄의 성부 판단에 고려하도록 입법적으로 결단했다고 평가할 수 있다. 회사재산남용죄의 입법과정을 살펴보면, 행위자의 행위가 제3자의 이익을 향하는 경우 그 제3자와 “직접 또는 간접적 이해관계”가 있을 것을 요구하는 문구는 1932년 법안 최초 제안 시 및 1934년의 심의과정에서는 없었고, 1935년 1월의 수정 제안시에도 없었다가, 1935년 법률명령안의 입안자에 의해서 도입되었다. B. Bouloc., 앞의 글, 단락 100. 법률명령안 입안 시 그와 같은 제한을 부가한 경위에 대해서는

해관계가 입증되지 않은 사안에서 회사재산남용죄 성립을 부정한다.⁸³¹⁾ 특히 이러한 이해관계 요건을 학설에서는 ‘행위’ 요건으로 위치짓는 견해가 유력하게 주장된다.⁸³²⁾ 제3자의 범위를 이와 같이 제한함으로써 이득행위로서의 임무위배행위의 가별성 제한기능을 강화하고, 회사와 제3자의 거의 모든 거래가 임무위배행위의 외형을 갖게 되는 문제를 해결할 수 있다고 본다.

이에 의하면, 이사인 행위자가 제3자와 사이에 직접 또는 간접적 이해관계를 갖는 때와 그러한 이해관계가 없는 때에는 후술하는 바와 같이 이익취득 관련성의 정도가 다르게 판단될 수 있다. 이사의 자기거래, 영업금지, 기회유용금지⁸³³⁾등 전형적인 충실의무 사례군과, 이사와 일정한 관계 있는 특정인을 지원하는 지원성 내부거래의 사례는 원칙적으로 강한 이익취득 관련성을 갖고 따라서 임무위배행위 성립가능성이 높다.⁸³⁴⁾

① 행위자의 이익취득

행위자인 이사가 스스로 이익을 취득하는 행위사례는 행위자의 행위가 배신적 이득행위로서 임무위배행위로 평가되는 가장 전형적인 경우이다.

추가로 검토될 필요가 있을 것이다.

831) Crim. 1 mars 2000, n°98-86.353 : Rev. sociétés 2000, 576, note B. Bouloc; 제2장 제1절 제4항 III 참조.

832) B. Bouloc, 앞의 글, 단락 101-105.

833) 최관식, “이사의 회사기회유용과 배임죄”, 형사법의 신동향 통권 제56호, 2017. 9, 106면 및 천경훈, “개정상법상 회사기회유용의 금지규정의 해석론연구”, 상사법연구 제30권 제2호, 2011, 202면과 김문주, “회사의 사업기회유용금지법리에 관한 연구”, 동북아법연구 제8권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2014, 458면은 회사기회유용금지 적용에 대하여 이사가 제기할 수 있는 다양한 항변사유(다른 경영조직체에서 생산 내지 산출하는 것이 보다 용이하고 생산성이 높음에도 불구하고 이사회가 이를 승인하지 않거나 법률상 사유로 회사가 해당 사업기회를 이용할 수 없는 경우, 경영분쟁, 재무구조악화, 회사무능력 등 이유로 승인여부를 장기간 지체할 수 없는 경우, 이사가 재직하고 있는 기존회사의 기술적 순환 및 제품사이클의 장단, 회사 스스로 회사기회를 포기한 경우)를 소개하고 있다. 이것들은 임무위배행위 판단 고려요소 중 이하 IV.에서 고려되는 사항이다.

834) 설민수, 앞의 글(주 574), 48면 역시 ‘상장회사가 거래로 인하여 받은 이익이 상장회사 경영진 또는 경영진이 지배하고 있는 다른 회사로 사실상 이전되었는지 여부’를 거래의 공정성을 결정하는 요소로 들면서, 상장회사 경영진이 회사로부터 다른 회사에 이익을 이전하는 때는 그 다른 회사를 경영진이 지배하고 있다는 이해관계에 주목하고 있다.

여기에는 이익이 이사의 거래행위 자체에 의해 직접 이사에게 귀속되는 경우와, 리베이트 수령의 경우처럼 상대방 등을 거쳐 간접적으로 이익을 취득하는 경우로 구분할 수 있다. 리베이트 수령은 이익취득을 배임죄의 객관적 구성요건으로 하지 않는 일본에서도 전형적인 임무위배행위로 설명되며, 프랑스 및 독일에서도 마찬가지이다. 미국에서도 honest service fraud의 성립범위가 축소된 2010년 이후에도 리베이트의 수수행위는 가장 전형적인 처벌사례로 유지되고 있다. 이처럼 행위자인 이사 자신에게 행위의 이익이 귀속되는 경우에는 높은 이익취득관련성이 인정되며, 이것은 임무위배행위로 인정될 가능성을 높게 한다.

② 제3자의 이익취득

제3자의 이익취득 구조는 전술하였듯 회사가 이사 아닌 상대방과 거래한 거의 모든 사례에서 형성된다. 전형적으로 계약체결 또는 실패한 경영의 사례, 그 외 기부행위 등에서도 문제될 수 있다. 상술하였듯 이사가 제3자에게 이익을 취득하게 하는 행위의 해석에서는 이사와 제3자의 관계가 중요하게 고려되어야 한다. 우선 기부행위의 경우 행위자인 이사 개인과 사적 관계가 있을 뿐 회사와 무관한 제3자에 대한 기부행위는 이익취득관련성이 높은 전형적인 사례이다. 우리 판례 역시 다음과 같이 판시하고 있다.

“재무구조가 열악한 회사의 대표이사가 제3자에게 회사의 자산으로 거액의 기부를 한 경우 그로써 회사를 채무초과 상태에 빠뜨리거나 채무상환이 곤란한 상태에 처하게 하는 등 그 기부액수가 회사의 재정상태 등에 비추어 기업의 사회적 역할을 감당하는 정도를 넘는 과도한 규모로서 상당성을 결여한 것이고 특히 그 기부의 상대방이 대표이사와 개인적 연고가 있을 뿐 회사와는 연관성이 거의 없다면, 그 기부는 대표이사의 선량한 관리자로서의 업무상 임무에 위배되는 행위에 해당한다 할 것이고, 그 대표이사가 실질적 1인 주주라는 등의 사정이 있다고 하더라도 마찬가지라 할 것이다(대법원 1983. 12. 13. 선고 83도2330 전원합의체 판결, 대법원 2005. 6. 10. 선고 2005도946 판결, 대법원 2011. 3. 10. 선고 2008도6335 판결 등)” 835)

835) 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010도9871 판결.

다음으로 실패한 경영의 사례 역시 이와 연관될 수 있다. 예를 들어 회사가 원자재업체로부터 생산에 필요한 원자재를 공급받는 계약을 체결하는 경우에, 담당이사의 협상력부족 때문에 큰폭의 할인가로 구매할 수 있었던 원자재를 정가보다 고가로 구매하였다면, 제3자인 원자재업체에게 재산상 이익을 취득하게 함으로써 담당이사가 임무위배행위를 행한 것인가가 문제될 수 있다. 그런데 이런 행위를 배임죄 처벌위험에 노출시키는 것은 경제활동을 크게 위축시킬 우려가 있기에, 등기이사라면 주주총회로부터 책임추궁을 받고, 미등기이사(집행임원)라면 한직발령 등 사내 책임추궁에 그치도록 함이 적절할 것이다. 이것은 단순한 경영실패 사례에서는 모두 동일하다.

우리 형법의 배임죄는 이득죄이기 때문에, 행위자가 거래상대방인 제3자와 특별한 이해관계 없이 단지 무능에 기인하거나 결과적으로 실패한 행위는 우리 배임죄가 예정한 실행행위의 전형이라고 평가하기 어렵다. 한편 이를 배임죄의 주관적 요건을 통해서 필터링하면 충분하다는 반론이 제기될 수 있다. 그러나 제3자의 재산상 이익과 본인의 손해에 대한 미필적 인식만으로도 고의가 긍정될 수 있음이 대법원⁸³⁶⁾의 태도라는 점을 고려하면 그와 같은 필터기능의 실효성은 의문이다. 불법이득의사는 우리 배임죄의 규정구조상 고의 자체에 불과하며, 이득 목적도 요건으로 되어 있지 않다. 처음부터 임무위배행위에서 배제함으로써 불법영득의사를 둘러싼 이와 같은 논란도 극복함이 합리적일 것으로 본다.

Ⅲ. 손해발생 관련성

1. 일반론

우리 배임죄는 사무처리자가 임무에 위배하여 사무귀속주체인 본인에게 재산상의 손해를 가하는 것을 구성요건으로 하는, 침해범인 동시에 결과범이다. 사무처리자가 스스로 또는 제3자가 재산상 이익을 취득하게 하는 행위를 하더라도 그것이 언제나 본인에 대한 손해의 결과로 직결된다고는 단정할 수 없다. 재산죄인 배임죄에서 결과반가치가 긍정되기 위

836) 대법원 2004. 7. 22 선고 2002도4229 판결.

해서는 피해자인 본인에 대한 법익침해로서 재산상 손해의 발생을 요하기 때문에, 행위정형인 임무위배행위는 그러한 손해의 결과로 연결될 수 있는 손해발생의 위험성을 갖는 것이어야 한다. 요컨대 임무위배행위는 상기 II.항의 성격에 더하여 그에 따른 손해발생의 위험성이 있는 행위를 의미하고, 이 위험은 실질적으로 허용되지 않는 위험이어야 한다.

2. 손해발생의 일반적 위험성

(1) 손해발생 위험성의 절대적 결여

임무위배행위는 본인에게 손해를 발생시킬 위험성이 있는 행위일 것이 요구된다. 따라서 처음부터 본인에게 손해를 발생시킬 가능성이 결여된 행위는 배임죄의 임무위배행위라고 할 수 없다. 예컨대 회사에서 사전에 계획한 임원들의 프랑스출장 일정에 따라 회사비용으로 출장지에 왕복운항된 전세 항공기에, 탑승통제권을 갖는 안전담당임원이 업무 외에 회사 자산의 이용을 금지하는 내규에 반하여 자기 가족을 동반 탑승시켜 함께 프랑스에 다녀온 사례를 가정하면, 위 임원이 가족을 항공기에 탑승시킨 행위는 운송역무라는 경제적 가치 있는 이익을 취득시키는 행위로 평가될 수 있다. 그러나 이 항공기는 문제의 가족이 탑승하지 않았더라도 어쨌든 프랑스에 운항해야 하였기 때문에, 가족을 탑승시킨 임원의 행위로 인하여 처음부터 회사에 어떤 손해발생의 위험성이 창출되었다고 할 수 없다. 그렇다면 윤리적 비난가능성의 문제는 별론으로 하더라도 이를 배임죄의 임무위배행위라고는 할 수 없을 것이다.

한편 무효행위에 손해를 발생시킬 일반적 가능성이 있는가의 문제가 앞서 이익발생가능성에서 살펴본 것과 동일한 맥락에서 제기되며, 이것은 손해발생가능성과 표리관계에 있는 것으로서 앞서 본 내용이 그대로 적용될 수 있다.

손해발생의 일반적 위험성과 관련하여 우리 형법에서 주목되는 부분은 배임죄의 미수범처벌규정의 존재이다. 미수범처벌규정이 존재하는 우리 형법에서는 임무위배행위가 존재하지만 본인에게 손해가 발생하지 않은 경우 또는 행위자가 이익을 취득하지 못한 경우에는 배임죄의 미수범이 성립하여야 한다. 그렇지 않고 배임죄의 성립 자체가 부정되기 위해서는

임무위배행위의 자체가 존재하지 않아야 한다. 그러나 판례는 종종 이 둘을 구별하지 않고 있어 혼란을 발생시킨다. 이 문제는 항을 바꾸어 검토를 계속한다.

(2) 손해발생 위험성의 상대적 결여 : 객관적 귀속이론 (위험창출 부정)

① 동일인 대출한도 규정에 위반한 대출

이와 관련한 대표적 사례로 대법원 전원합의체 판결⁸³⁷⁾인 새마을금고 법상 동일인대출한도 초과대출 사건을 들 수 있다. 이 판결에서 대법원은 “업무상배임죄는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 임무에 위배하는 행위를 하고 그러한 임무위배행위로 인하여 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 재산상의 손해를 가한 때 성립하는바, 임무위배행위가 있다고 하여 본인에게 재산상 손해가 당연히 발생하지는 아니하므로 임무위배행위와는 별도로 재산상 손해의 발생 여부를 판단하여야 한다.” 고 전제하고, “동일인 대출한도를 초과하여 대출함으로써 구 새마을금고법을 위반하였다고 하더라도, 대출한도 제한규정 위반으로 처벌함은 별론으로 하고, 그러한 사실만으로 특별한 사정이 없는 한 업무상배임죄가 성립한다고 할 수 없고, 일반적으로 이러한 동일인 대출한도 초과대출이라는 임무위배의 점에 더하여 대출 당시의 대출채무자의 채무상태, 다른 금융기관으로부터의 차입금, 기타 채무를 포함한 전반적인 금융거래상황, 사업현황 및 전망과 대출금의 용도, 소요기간 등에 비추어 볼 때 채무상환능력이 부족하거나 제공된 담보의 경제적 가치가 부실해서 대출채권의 회수에 문제가 있는 것으로 판단되는 경우에 재산상 손해가 발생하였다고 보아 업무상배임죄가 성립한다고 하여야 할 것이다.” 라고 하여 업무상배임죄의 성립을 인정한 원심판결을 파기환송하였다.

전원합의체판결인 이 판례는 우리 형법상 배임죄 미수처벌규정의 존재를 완전히 무시하고 있다. 물론 미수의 일반이론과 배치되는 이러한 판례가 나온 것에는 불량대출의 배임죄 의율시 나타나는 배임죄의 위험범

837) 대법원 2008. 6. 19. 선고 2006도4876 전원합의체 판결.

화와 조화시키기 위한 부득이한 측면도 있었을 것으로 생각된다. 그러나 미수처벌규정이 존재하는 배임죄에서 위와 동일한 결론은 손해의 부정에 앞서 배임죄의 임무위배행위성을 부정함으로써 달성하였어야 한다. 이 판결에 대한 대법원 재판연구관의 평석⁸³⁸⁾은 “위 판시 중에는 동일인 대출한도 초과대출행위가 배임죄에서의 임무위배행위인 것처럼 오인할 만한 표현이 있기는 하지만...표현상의 착오라고 보는 것이 타당하다”고 하고 있다. 이후 대법원의 다른 전원합의체판결⁸³⁹⁾은 전환사채 저가발행행위의 임무위배행위성에 관한 일반론을 설시하면서 위 새마을금고법 전원합의체판결을 ‘임무위배행위성’을 부정한 참조판례로 소개하고 있다. 오류를 시정하는 차원에서는 긍정적으로 평가될 수 있을 것이다.

위 판례에서 임무위배행위성의 부정은 객관적 귀속이론에 따라서, 보호법익인 본인 재산에 대한 위험창출의 부정을 통해서 설명될 수 있다. 행위자의 동일인대출한도규정 위반은 인정되지만, 그러한 규정에 대한 위반행위만으로 새마을금고의 재산에 대한 손해발생의 위험 자체가 창출된 바 없기 때문에 배임죄의 임무위배행위로는 인정되지 않는다. 이것은 동일인대출한도규정이 새마을금고의 재산을 보호하기 위한 취지와 무관하다는, 의무규범의 보호목적을 통해서도 설명될 수 있을 것이다.

② 대출자격이 특정범위로 제한된 기금대출

이와 관련한 또 다른 사례로 대출자격이 특정 범위로 제한된 기금대출을 들 수 있다. 대법원은 이른바 어가부채경감대책에 따라 특정 수산업 경영자에 한하여 저리대출 용도로 조성된 자금에 대하여 담보가 충분히 확보된 상태에서 부적격자에 대출한 것이 문제된 사안에서 다음과 같이 판시하여 임무위배행위성 및 배임기수 성립을 긍정한다.

“정부의 이른바 어가부채경감대책에 따라 수산업협동조합중앙회가 조

838) 유현중, “동일인 대출한도 초과대출과 배임죄의 성부”, 서울대학교 BFL 제36호, 2009. 7, 90면.

839) 대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체 판결 “배임죄에 있어서 임무위배행위라 함은 형식적으로 법령을 위반한 모든 경우를 의미하는 것이 아니고, 문제가 된 구체적인 행위유형 또는 거래유형 및 보호법익 등을 종합적으로 고려하여 경제적 실질적 관점에서 본인에게 재산상의 손해가 발생할 위험이 있는 행위를 의미한다(대법원 2008. 6. 19. 선고 2006도4876 전원합의체 판결 등 참조” .

성하여 해수어류수산업협동조합이 차입한 수산업 경영개선자금은 지원 대상이 각종 수산업자금을 일정한 금원 이상 대출받은 수산업 경영체로, 지원한도가 기존의 고금리대출자금의 원리금 범위 내로 각 한정되어 있으므로 이를 부적격자에게 대출하거나 적격자에게 대출하더라도 지원한도를 초과하여 대출하는 행위는 비록 충분한 담보가 제공되어 대출금 회수가 보장된다고 하더라도 결국 특정 목적을 위해 조성된 위 경영개선자금의 감소를 초래하여 위 자금이 본래의 목적을 위하여 사용됨을 저해하는 것이다.” 840)

그러나 대출의 상대방에게 (최소한 일반대출이율과의 차액만큼의) 이익취득이 인정될지언정, 처음부터 충분한 담보가 확보되어 본인의 재산을 침해할 가능성이 없는 행위에 대해서 본인 재산의 침해위험의 창출이 인정될 수 없다. 배임죄는 본인의 ‘재산적 법익’을 보호하는 범죄이기 때문이다. 즉 배임죄는 본인의 전체재산을 보호하는 범죄일 뿐이며 대출의 공정성을 보호하기 위한 범죄로 볼 수 없다. 충분한 담보가 제공되어 회수가 보장되었다면, 자금운용의 공정성을 해한 것은 별론으로 하고, 본인의 전체재산이 감소될 위험이 창출되었다고 볼 여지는 없으므로⁸⁴¹⁾, 배임죄는 물론 그 미수도 성립할 수 없다. 이 판결은 손해발생의 위험창출이라는 객관적 귀속 내지 위반된 의무규범의 보호목적이라는 측면에서 앞선 새마을금고 전원합의체판결의 결론과 법리적 일관성을 결여한다. 따라서 위 판결의 판시 및 결론은 부당하다.

③ 자본거래

회사에 대한 손해발생의 일반적 위험성 인정여부가 문제되는 또 하나의 사례로서 자본거래를 들 수 있다. 자본거래는 회사에 대한 주주의 투

840) 대법원 2007. 4. 27. 선고 2007도1038 판결 및 대법원 1997. 10. 24. 선고 97도2042 판결.

841) A에게 대출하라는 본인의 의사에 반하여 B에게 대출한 것에 불과하며, 이에 배임죄의 행위로서 본인에 대한 손해발생의 위험 ‘창출’이 인정될 수 없다. W. Perron, *Objektive Zurechnung bei der Untreue*, in: FS für Kindhäuser, 2019, 769-770면(항목 III. Risikoschaffung als tatbestandsmäßiges Verhalten der Untreue) 참조.. 한편 본문과 달리 담보가치를 초과한 대출에서 배임죄의 이득액 산정에 관련하여, 담보가치를 초과하는 대출액에 한하여 배임죄가 성립한다는 견해로 오영근, “신용 위험 공유자에 대한 대출과 배임죄”, 형사정책연구 Vol. 58, 2004, 140-141면.

자 또는 그 회수를 의미하는 것으로 정의된다.⁸⁴²⁾ 자본거래에 대하여 배임죄 적용을 부정하는 견해는 자본거래의 경우 손익거래와 달리 회사의 손익개념이 처음부터 (법률적으로) 관념될 수 없다는 논거를 제시한다.⁸⁴³⁾ 자본거래의 손익관련성과 관련하여, 대법원⁸⁴⁴⁾에서 전환사채 저가발행의 배임죄 성부와 관련하여 저가발행에 따른 회사에의 손해발생 여부가 문제된바 있다. 이 판결에서 대법관 1인의 별개의견은 “신주의 발행은 투자의 수단으로 제공되는 것이고 그 발행가격은 상품이나 용역의 대가와는 다른 것이므로 회사의 입장에서 볼 때 정당한 대가라는 개념이 성립되기 어렵”다고 판시하여 위 견해를 채택하였다. 일부에서는 이를 확대해석하여 이 판례가 신주인수자금의 유입에 관해서 자본거래의 논리를 통해 회사의 손해를 부정했다는 평가도 보인다.⁸⁴⁵⁾ 그러나 다수의견은 제3자발행에서 회사의 손해발생을 명시적으로 긍정하는바,⁸⁴⁶⁾ 주주발

842) 이철송, “자본거래와 임원의 형사책임”, 인권과정의 통권 제359호, 대한변호사협회, 2006. 7, 115면.

843) 위의 글.

844) 대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체 판결.

845) 이완규, “배임죄와 주주총회 결의의 한계”, 형사판례연구 [27], 2018, 310면.

846) 이 판결의 다수의견에 대해서 주주발행의 경우에만 회사의 손해를 부정했다는 평가도 있다. 다만 다수의견의 설시가 임무위배만을 부정한 것인지, 손해까지 부정한 것인지에 대해서 그 판시만으로는 반드시 명확하지 않다. 다수의견의 설시 중 관련 부분은 아래와 같다. “(2) 회사가 주주들에게 지분비율에 따라 신주 등을 유상으로 발행하는 경우에...(중략)...발행가액 등을 반드시 시가에 의하여야 하는 것은 아니다. 그러므로 회사의 임원인 이사로서는 주주배정의 방법으로 신주를 발행함에 있어서 원칙적으로 액면가를 하회하여서는 아니 된다는 제약(상법 제330조, 제417조) 외에는 주주 전체의 이익과 회사의 자금조달의 필요성과 급박성 등을 감안하여 경영판단에 따라 자유로이 그 발행조건을 정할 수 있다고 보아야 할 것이므로, 시가보다 낮게 발행가액 등을 정함으로써 주주들로부터 가능한 최대한의 자금을 유치하지 못하였다고 하여 배임죄의 구성요건인 임무위배, 즉 회사의 재산보호의무를 위반하였다고 볼 것은 아니다.

(3) 그러나 주주배정의 방법이 아니라 제3자에게 인수권을 부여하는 제3자배정 방법의 경우, 제3자는 신주 등을 인수함으로써 회사의 지분을 새로 취득하게 되므로 그 제3자와 회사와의 관계를 주주의 경우와 동일하게 볼 수는 없는 것이다. 제3자에게 시가보다 현저하게 낮은 가액으로 신주 등을 발행하는 경우에는 시가를 적정하게 반영하여 발행조건을 정하거나 또는 주식의 실질가액을 고려한 적정한 가격에 의하여 발행하는 경우와 비교하여 그 차이에 상당한 만큼 회사의 자산을 증가시키지 못하게 되는 결과가 발생하는데, 이 경우에는 회사법상 공정한 발행가액과 실제 발행가액과의 차액에 발행주식수를 곱하여 산출된 액수만큼 회사가 손해를 입은 것으로 보아야 한다.”

판례의 다수의견에 대한 다양한 평가에 대해서는 황남석, “자본거래와 손익거래: 개념과 한계”, 상사법연구 제35권 제1호, 2016, 229면 주 80 참조.

행과 제3자발행 간에 본질이 다르다고 할 수 없고 회사에 유입되는 금액에도 아무 차이가 없으므로 다수의견이 주주발행에서만 자본거래와 손익거래 구별론을 채택하여 손해를 부정했다고는 보기 어렵다.

결국 다수의견과 반대의견 모두 회사의 손해발생가능성을 전제하고 있어 별개의견과 다른 입장이며, 자본거래여서 회사의 손해가 없다는 논리는 별개의견이 유일하다⁸⁴⁷⁾고 보인다. 자본거래가 법적 개념인가에 대해서 논란이 있기⁸⁴⁸⁾ 때문에 그것을 직접 법적 주장의 논거로 사용함에는 신중을 기하여야 할 것으로 생각된다.⁸⁴⁹⁾ 자본거래 역시 실제로 회사에의 자금출입을 발생하는 행위이기 때문에 그것이 재산적 관련성을 갖지 않을 수 없으며, 달리 손해 관련 판단에서 배제하여야 할 필연적 이유도 찾기 어렵다고 본다. 결국 자본거래라는 이유만으로는 임무위배행위의 성격이 배제되지 않는다고 할 것이다.

3. 급부 및 반대급부 (기회 포함) 간의 불균형 위험성 (거래가격, 조건)

우리 배임죄는 행위자인 사무처리자가 임무에 위배하여 사무주체인 본인에게 재산상의 손해를 가하고 이익을 취득하는 것을 구성요건으로 하는 재산이동범죄이다. 행위 시를 기준으로 급부와 반대급부 간의 불균형이 인정됨으로써 재산이동범죄에서 요구되는, 이익취득의 이면에 손해발생이 수반하는 구조가 충족될 수 있다. 여기서의 불균형위험은 이익을 취득하게 하는 행위 자체가 갖는 재산상 손해발생의 위험을 의미한다. 따라서 법률적 위험은 임무위배 단계에서의 고려여부를 별론으로 하고, 이 기준에서는 고려되지 않는다. 이 기준에서 불균형위험은 급부와 반대급부 간 재산가치의 불균형에 의한 것에 한정된다.

847) 송옥렬, “신주의 저가발행에서 이사의 임무위배”, 민사판례연구 [XXX III-(上)]권, 2011, 710면 주 4.

848) 회계학상 유래된 개념으로서 법률적 개념인가에 관하여 논란이 있다. 장덕조, “전환사채의 저가발행과 회사의 손해, 그리고 주주의 손해”, 법조 통권 601호, 2006. 10, 109면 및 이철송, “자본거래와 임원의 형사책임 재론”, 법조 통권 603호, 2006. 12, 164면.

849) 황남석, “자본거래와 손익거래: 개념과 한계”, 상사법연구 제35권 제1호, 2016, 240면.

급부와 반대급부 간 불균형위험이 가장 극단적으로 발생하는 전형적인 사례는 무상지출행위이다. 증여나 기부행위, 무상대출 그 밖의 무상지원 은 가장 전형적으로 이러한 불균형을 발생시키는 행위로서 손해발생관련 성이 인정된다. 이와 달리 어떠한 형태로든 반대급부가 제공되는 통상의 경우에는 급부와 반대급부 간 불균형 위험에 대한 평가를 요하게 된다. 그러나 급부와 반대급부 간에 실제로 발생한 불균형의 정확한 양적 측정 은 ‘손해’ 평가 단계의 문제이고, 여기서는 급부와 반대급부 간 불균형 이 발생할 위험성이 인정되는 것으로 충분하다. 이것은 ‘행위 당시’ 에 존재한 급부와 반대급부 간 불균형 위험을 재판 시에 사후적으로 평가하 여 판단하는 것이다. 한편 반대급부는 행위 시 반드시 현실적으로 발생 했을 필요는 없다. 반대급부의 획득에 대한 ‘기회’ 역시 경제적 가치가 있으며, 그러한 반대급부를 획득할 확률과 성공 시에 획득되는 반대급부 의 크기를 곱한 결과가 판단에 고려된다. 또한 여기서 고려되는 것은 반 대급부의 재산적 가치이며, 비재산적 가치는 회사의 의사로서 고려된다.

상술하였듯 이 단계에서 행위를 기준으로 판단되는 급부와 반대급부 간 불균형의 위험성과 실제 손해의 발생은 개념상 구별된다. 실제 손해 가 발생했는가는 임무위배행위 판단이 아닌 결과발생 단계의 문제이며, 급부와 반대급부 간 불균형의 위험성을 창출한 행위임에도 결과적으로 실제 손해가 발생하지 않은 때에는 배임죄의 미수범이 성립하게 된다.

IV. 임무위배 : 본인의 의사(용인가능성)

1. 신임관계 및 상황의 개별성

임무위배행위는 행위자가 본인과 신임관계에 위배하여 위 II. 및 III.의 요소를 갖는 행위를 행하는 것이고, 신임관계에 위배한다는 것은 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아 할 것으로 기대되는 행위를 함을 의미하는 것으로서, 그 핵심은 본 인의 ‘기대’ 에 반한다는 점에 있다. 이 기대는 본인에 의한 기대이고, 재산적 법익 특유의 역동성⁸⁵⁰⁾은 이런 기대의 내용을 극히 다양하게 하

850) W. Perron, *Objektive Zurechnung bei der Untreue*, in: FS für Kindhäuser, 2019, 767

며 그것은 구체적인 상황에서 평가되는 것이다. 따라서 법률, 계약 등에 의해서 신임관계의 내용이 결정되어 있더라도, 구체적 상황에서 본인의 의사가 무엇인가가 고려되지 않을 수 없다. 따라서 구체적 상황에서 행위자인 이사의 의무는 회사의 의사에 따라서는 “성실하게 회사에 최선의 이익이 되도록 직무를 수행하여야 할 선관주의의무” 일수도 있고, “재산상 손해 발생을 방지할 임무” 라는 소극적 의무일 수도 있다.

신임관계는 근본적으로 본인과 사무처리자 사이에서 문제된다는 점에서 ‘개별성’을 본질적인 특징으로 한다. 또한 행위자의 행위가 본인과 행위자 간 적용되는 법률, 계약 등을 단서로 판단되는 신임관계에 반하더라도 구체적인 상황에서 본인에 의해서 허용되는 행위는 임무위배행위가 되지 않기 때문에, 구체적 상황 하에서의 본인의 의사를 점검할 필요가 있다. 결국 임무위배행위에 대한 판단은 앞서 II.의 이익취득관련성(회사의 이익을 행위자 또는 제3자에게 이전시킬 가능성)과 III.의 손해발생관련성(회사에게 손해를 발생시킬 위험성)을 갖는 행위자의 행위가 법률 및 계약내용을 단서로 판단되는 일반적 신임관계에 부합하는가, 그리고 구체적인 상황에서 본인의 의사에 의해 용인되는 범위 내에 있는가를 검토하는 과정으로 요약될 수 있다. 다만 여기서 문제되는 회사와 이사 간 관계에 있어서는, 회사의 의사에 의해 용인되는 이사의 행위는 회사가 직접 행하였을 최상의 특정한 행위가 아닌, 회사가 용인할수 있는 폭의 범위 내에 있는 행위를 의미한다. 문제는 이와 같은 회사의 의사를 누가 결정하고, 구체적으로 무슨 기준에 의해서 확정는가이다.

2. 주주총회 또는 이사회 결정과의 관계

법인은 자연인처럼 스스로 의사를 표현할 수 없기 때문에 무엇을 기준으로 그 의사를 판단할 것인가에 대한 검토가 필요하다. 우선 대표이사를 기준으로 하는 방법을 생각할 수 있다. 그러나 대표이사는 법인의 의사결정기관이라기보다 집행기관이고, 대표이사를 법인에 대해 타인의 사무를 처리하는 자로 파악하는 배임죄의 논의상황과 조화되지 않는다. 그렇다면 의사결정기관인 이사회를 기준으로 하는 방법을 생각할 수 있으나 그 구성원은 이사인바, 자신의 임무를 스스로 결정하는 근본적 이해

면(II. Besonderheiten des Untreuetatbestands, 특히 Zweitens 이하).

상충구조에 봉착한다. 행위자인 이사가 직접 또는 간접으로 의결에 영향을 끼치거나결론을 좌우할 가능성이 상존하며, 행위자 아닌 이사도 결의사항 또는 행위자와 갖는 이해관계에서 절연되기 어렵다. 이러한 가능성이 배제되거나 최소화된 경우에는 이사회결의가 회사의 의사를 추정하는 기준이 될 수 있겠지만, 그렇지 못한 때에는 단서로서의 가치조차 없을 것이다. 그렇다면 배후의 주주로 시선을 돌릴 수 있다. ‘현실의 주주’는 지분양도에 따라 변동되며 주주 중 누구를 기준으로 할 것인가의 문제가 발생하므로 이 기준에 의하면 극도의 복잡과 불명확성이 야기된다.

반면 ‘주주 전원’은 주주총회의 구성원이며 이사회 구성권한을 보유하는 회사의 최고기관인 점에서 주주총회 결의는 회사의 이익과 상충하지 않는 한 회사의 의사를 판단하는 주요 기준이 될 여지가 있다. 다만 앞서 보았듯 주요 각국은 법인격체인 회사에 주주 개인과 구별되는 독자적 실체성을 긍정한다. 이를 강조하면 회사는 주주와 독립하여 이익을 향유할 수 있는 존재⁸⁵¹⁾이기 때문에 회사와 주주 간에는 회사재산에 관한 이해상충 소지가 있다. 또한 경영은 원칙적으로 이사회 권한인 점도 기준으로서 주주총회 결의를 원용함에 의문을 갖게 한다.⁸⁵²⁾

결국 회사의 의사는 이사나 주주의 의사와 구별되어 판단되어야 한다. 이사회의 의결은 행위자 또는 결의사항과 이해관계를 갖지 않는 구성원에 의한 경우에, 주주총회의 의결은 회사의 이익과 상충하지 않는 때에 회사의 의사를 판단하는 일종의 기준이 될 수 있을 것이다. 그러나 결의의 과정이나 시기, 결의사항의 위법성, 결의 후 사정변경이나 상황의 급박성 그 밖에 결의가 갖는 의미에 영향을 끼치는 극히 다양한 변수가 있을 수 있으므로 위 결의를 반드시 회사의 의사로 단정할 수 없다. 결국 회사의 의사는 이들을 단서로 고려하여 총합적으로 평가된, 객관적으로 회사의 이익에 부합할 수 있는 추정적 의사이어야 한다. 회사재산의 유

851) ‘걸어다니는 회사’로 비유하는 송옥렬, “주주의 부와 회사의 손해에 관한 판례의 재검토”, 사법 vol. 2, 2007, 43면 이하.

852) Rönnau, *Untreue zu Lasten juristischer Personen und Einwilligungskompetenz der Gesellschafter*, in: FS für Amelung, 2009, 247, 256면 이하. 그는 주주총회가 중심적 기관이기는 하나 회사 경영상의 위계에서 다른 기관보다 우월하지 않고(주 55, 56), 경영사항 결정은 원칙상 이사회 권한(주식법 제119조 제2항등)임을 들면서, 주주의 동의가 배임죄의 의무위반을 부정하게 하기 위한 전제인 주주의 처분권한 자체가 없음을 강조한다. 같은 글, 261면 이하.

출행위에 있어서 주주총회나 이사회 결의의 존재만으로 임무위배행위성이 면제되지 않는 것은 이러한 측면에서 설명될 수 있다. 예외적으로 (1인회사와 같이 이해관계 없는 주주전원의 동의를 상정할수 없는 경우를 제외하고) 주주 전원이 동의한 경우에 한하여 임무위배성이 부정될 수 있다.

3. 임무위배 판단 : 본인의 ‘기대’ 및 ‘용인가능성’

판례가 실시하는 임무위배행위의 핵심요소는 본인의 ‘기대’이다. 따라서 임무위배 여부 판단에서는 우선 본인이 기대한 것으로 객관적으로 추정되는 내용이 무엇인가를 확정하여야 한다. 이러한 기대는 행위자가 준수하여야 하는 법령, 계약, 내규, 등의 규범과 같은 규범적 요소들을 기반으로, 본인 및 행위자가 처한 구체적인 사실적 상황을 종합하여 판단될 수 있을 것이다. 기대의 내용을 확정된 이후에는, 행위자의 행위가 이 기대에 부합하였는가를 판단하여야 한다.

(1) 기대의 확정 : 법령, 계약, 내규 등을 통한 의사확정

행위자와 본인 간에 본인재산의 관리처분에 관련한 명시적인 계약이나 지시가 있는 경우에는, 본인재산을 보호가 배임죄의 보호법익임을 고려할 때 우선적으로 이에 따라 행위하여야 한다. 한편 본인재산의 관리처분에 관한 명시적인 법령이 있는 경우에는 그에 따라 행위하여야 한다. 내규의 경우 법령이나 계약에 비해 구속성이 완화되고 그 준수시 임무위배 여부는 구체적인 상황과 종합하여 판단되어야 한다.

그러나 위에 언급한 구체적인 규범적 기준이 없는 경우에는 일반추상적으로 판단되어야 하며, 형법외의 규범에서 제시한 행위규범은 여기에 참고가 될 수 있다.

(2) 이행의 판단: 행위의 내용 및 구체적 상황의 고려

(1)에서 확정된 본인의 의사, 즉 기대에의 부합 여부 판단은 본인이 기대한 특정한 행위가 아닌, 본인이 용인가능한 범위 내에 있는가를 기준으로 판단되어야 함이 핵심이다. 그리고 이것으로 본인이 용인가능한 범위 내에 있는가의 판단이 명확하지 않은 경우에는 다음 단계의 검토를 수행하게 된다.

① 행위의 속성

행위의 속성은 i) 행위 자체가 행위 시의 법령, 계약, 내규에 합치 또는 저촉되는가 여부 ii) 거래행위(목적물, 시기, 방법, 기간, 규모, 횟수)의 특성, iii) 행위가 회사에 끼치는 비재산적 측면의 이익 및 불이익, 또한 급부와 결부되지 않은 재산적 이익 여부 iv) 대안의 존부 및 용이성 v) 이사행위가 전체주주에 끼치는 이익 및 불이익 여부로 구분될 수 있다. 이사의 민사책임에서는 이사의 법령위반 자체가 채무불이행책임을 구성한다는 것이 대법원의 입장이나, 형법상 배임죄의 임무위배 판단에서 그에 구속될 필요는 없다. 법령위반이 회사의 의사에 반하는가 여부는 예컨대 법령위반의 범죄구성 여부, 범죄로 인정되는 경우에도 불법과 죄질 등에 따라 차별적으로 판단될 수 있다. 또한 이사의 기부행위로 인하여 회사가 얻는 이익과 같이, 회사의 의사결정에 영향을 끼칠 수 있는 비재산적 측면의 이익 및 불이익이 고려되어야 한다. 다만 재산적 이익의 경우에도 급부와 직접 결부되어 있지 않고 행위시가 아닌 행위완료 후 먼 미래에 발생이 기대되는 이익인 때에는 반대급부 외의 회사의 이익으로서 고려될 여지가 있을 것이다. 한편 대안의 존부 및 용이성도 비교대상으로 고려될 수 있으나, 회사에 의해서 용인되는 의사는 특정의 유일한 행위가 아닌 일정범위 내의 행위이어야 하며, 형법이 이사에게 특정한 경영상 행위를 강제하는 결과가 되지 않도록 하여야 한다. 이사행위가 전체주주에 끼치는 이익 및 불이익 역시 회사의 이해관계에 충돌하지 않는 한도에서 고려될 수 있다.

② 회사의 상황

회사의 현황에 관한 요소는 회사 입장에서 행위의 필요성이나 시급성, 회사의 재정상태나 기대실적, 업종의 특성, 회사의 조직구조 등으로 구분할 수 있다. i) 회사 입장에서 행위의 객관적 필요성, 시급성이 인정되는 경우에는 이사행위에 대한 회사의 용인가능성의 폭이 확장된다. 예컨대 회사에 유동성조달이 시급하거나 개정법령을 준수하기 위해 자산매각이 필요한 상황에서 자산을 시세에 비하여 저가로 매각한 경우이다. ii) 회사의 재정상태가 양호하고 기대실적이 높은 경우에도 회사에 의한 용인가능성의 폭이 확장된다. iii) 회사가 영위하는 업종의 객관적 성격도

이사행위에 대한 용인가능성의 폭을 넓히거나 좁힐 수 있다. 예컨대 은행의 경우 수익원이 한정되어 있고 자금의 안정적 운용이 중시되므로, 고위험거래에 서 은행 이사의 행위가 초래하는 급부와 반대이익 취득 기회 간의 불균형 위험에 대한 회사의 용인가능성의 폭은 일반 회사에 비해서 축소된다.

③ 경제상황 등 외부환경

이사가 행할 것으로 기대되는 행위를 하였는가 여부는 구체적인 상황 속에서 결정되며, 이러한 상황에는 회사 외부상황으로서 거래 당시 경제 상황이나 일반적인 거래관행도 고려의 대상이 되므로 역시 회사에 의한 용인가능성을 판단하는데 고려되는 요소가 된다.

④ 행위자의 속성: 전문성, 직무분장 등

행위자가 갖는 전문성의 정도 및 회사가 행위자에게 부여한 직위 또는 직무분장이 고려될 수 있는가 문제된다. 이것이 용인가능성 판단에 고려될 여지가 없지 않겠으나 독립적으로 고려되기보다는 다른 요소와 함께 고려될 뿐이라고 본다. 내부적인 직무분장을 벗어나거나 전문성이 결여된 경우 등에 임무위배를 추단하는 요소가 될 수 있을 것이다.

(3) 절차의 고려 : 내부적 의사결정절차 및 위험감소절차

(1)과 (2)의 요소들을 종합하여도 본인이 용인가능한 범위 내의 행위인가가 판단되지 않는 경우에는 본인의 재산에 대한 손해발생위험을 감소하기 위한 절차적 조치를 취했는가가 검토되어야 한다. 이것은 객관적 귀속이론의 위험감소 이론에서 근거를 찾을 수 있다.⁸⁵³⁾ 주주총회나 이사회결의 등 제도적 수단 및 그 밖에 일체의 정보수집, 조사 및 의사결정과정을 대상으로 하고, 그 과정이 실제로 위험감소에 기여할 합리성(의견수렴, 논의, 정보공개 등)을 구비하였는가가 검토되어야 한다. 정보의 수집 및 조사, 분석, 평가, 결과의 반영 등 위험감소에 유용한 다양한 조치의 이행여부가 고려되어야 한다.

853) 경제활동이 손해발생의 위험을 창출한다고 하더라도 아무런 경제활동도 하지 않을 수는 없기 때문에, 위험여부가 불확실한 어떤 행위를 하면서 그 위험을 감소시키는 행위를 한 행위자에 대해서 객관적 귀속의 위험감소이론에 따라 처벌의 부정을 모색할 수 있다. 이런 취지로 Leite, 앞의 글, 587면 이하.

① 이사회·주주총회의 결의

우선 주주총회 또는 이사회결의가 법령에 의한 절차인 경우에 그 위반은 행위 자체의 속성에서 판단될 문제이다. 법령상 절차가 아닌 경우에 주주총회나 이사회결의⁸⁵⁴⁾가 여기에서 고려되며, 그 가치는 구성원이 결의사항 또는 행위자에 대해서 갖는 이해관계에 따라 다르게 판단될 것이다. 이러한 이사회·주주총회의 결의는 실질적으로 위험감소에 필요하고 적절한 충분한 논의가 있었는가를 함께 고려하여야 하며, 결의의 외관만 갖춘 경우 등 실제로 충분한 논의가 있었다고 볼 수 없는 경우에는 고려대상이 될 수 없다. 이러한 절차는 그것이 손해발생위험의 감소에 직결될 수 있는 것이어야 재산보호임무의 이행으로서 의미가 있기 때문이다.

② 사내 컴플라이언스

사내 컴플라이언스 절차가 존재하는 경우 그 이행여부도 고려의 대상이 될 수 있다. 상장회사의 경우 상법 제542조의13에 의해서 준법지원인 및 준법통제기준의 운용이 의무화되어 있고, 이것은 기업범죄 예방을 위한 국가와 기업 간의 적극적인 협력의 메커니즘으로서 긍정적으로 평가된다.⁸⁵⁵⁾ 다만 컴플라이언스에 따른 사내 업무처리 절차 또는 규정이 마련되어 있는 경우에도 본인의 재산보호와 별 연관이 없는 규정도 있을 수 있고, 적절성이나 합리성에 의문이 있는 경우도 많다. 따라서 이 역시 형식적 준수여부만으로 판단되어서는 안되고, 위험감소의 실질이 인정될 수 있어야 한다.

③ 정보수집, 조사 등 의사결정과정의 합리성

이것은 특히 이사의 경영판단과 같은 장래예측적 위험관련적 결정에서 중요한 문제가 될 수 있는 부분이다. 우선 행위 당시에 수집할 수 있는 정보에 대해서 가능한 한 충분한 수집이 수행되어야 한다. 다음으로 그 정보를 기초로 한 조사 및 그 결과에 대한 평가가 합리적으로 수행되어야 한다. 충분한 정보 수집, 그리고 합리적인 조사 및 의사결정과정

854) 이사회 결의절차가 배임리스크 회피에 대해서 갖는 의미에 대한 상법학계의 문헌으로 천경훈, “관계자거래에 따른 기업의 법적 리스크와 이사회역할”, 기업법연구 제31권 제4호, 2017. 12, 107면 이하.

855) 김재윤, “기업범죄예방과 관련하여 자율규제로서 준법지원인제도의 이해 -독일의 논의를 중심으로”, 비교형사법연구 제21권 제3호, 2019. 9, 75면.

수행된 때에는, 행위의 내용에 대한 회사의 용인가능성이 명확하게 판단되지 않더라도 임무위배를 구성하지 않는다. 이와 달리 행위시 가능한 정도의 정보수집조차 수행되지 않았거나 또는 가능한 범위의 합리적 조사 및 의사결정과정을 거치지 않은 경우는 문제이나, 그것만으로 곧바로 임무위배를 구성하지는 않는다고 본다. 절차의 수행여부 자체에 대해서도 특히 시급성이 있는 경우에 재량이 인정될 수 있기 때문이다. 그러나 정보수집 또는 합리적 조사, 평가를 위한 충분한 여유가 없었던 급박한 상황의 존재 등과 같은, 그와 같은 절차의 결여 또는 불충분을 정당화할 수 있는 합리적 이유가 없다면 임무위배를 긍정하는 단서가 될 수 있다.

④ (1) 및 (2)에 의한 용인가능성 판단과의 관계

앞서 (1) 과 (2)에서 제시된 요소들을 검토한 결과 이사의 행위내용이 그 행위 시를 기준으로 회사로부터 기대되는 행위범위 내로 평가될 수 있는 경우에는 절차적 요소를 중요하게 고려할 필요는 없다고 본다. 임무위배행위는 배임죄의 실행행위이므로 실체적 측면에서 본인의 재산적 법익침해의 위험성을 기본으로 판단되어야 하며, 절차가 고려되는 목적은 내용의 형성, 그리고 이러한 법익침해위험의 감소이기 때문이다.⁸⁵⁶⁾

따라서 절차를 거치지 않고도 내용상 본인이 용인할 것이 명백하다면 임무위배가 되지 않는다고 할 것이다. 그리고 정보수집 및 조사를 할 것인가 여부 및 방법 등에 대해서도 처한 상황 및 그 소요비용이나 시간 등과의 관계에서 다양한 판단이 있을 수 있으며 이 역시 이사의 재량이 인정될 수 있는 부분이므로, 그것이 시행되지 않았거나 불충분하더라도 곧바로 임무위배행위로 확정되지는 않고 다른 요소들, 특히 그것을 정당화할 수 있는 다른 사정이 있었는가를 총합하여 판단되어야 한다.

856) 논의상황이 완전히 일치하지 않을 수 있지만, 문제의 해법이 불분명한 때 ‘절차’의 관점에서 접근하는 것이 유용할 수 있다는 단초를 Hassemer의 표현에서 얻었다.

“Prozeduralisierung hilft, wenn Rechtsfragen zur Entscheidung anstehen, deren angemessene Antwort man derzeit nicht kennt” ; Hassemer, *Die Basis des Wirtschaftsstrafrechts*, in: Lüderssen 외, *Handlungsfreiheit des Unternehmers - Wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken*, 2009, 29면 이하(문구는 42면) 참조; 이 문구를 인용한 Leite, 앞의 글, 595면도 참조. 한편 일본에서 절차의 목적은 내용형성에 있다는 견해로 林幹人, “背任罪における任務違背行為”, 判例時報 2098号, 2011. 2, 11면.

4. 사례검토

(1) 대규모기업집단 소속기업과 특수관계인 간 비상장주식 교환 사례

대법원은 이러한 행위의 배임죄 성부에 관하여 아래와 같이 판시하여, 임무위배행위성을 긍정하고 있다.⁸⁵⁷⁾

“회사의 이사가 그 회사의 이사, 주주 등 특수관계자와 사이에 교환의 방법으로 그 회사가 보유중인 다른 회사 발행의 주식을 양도하고 그 특수관계자로부터 제3의 회사 발행의 주식을 취득하는 경우에 있어서, 그 거래의 목적, 계약체결의 경위 및 내용, 거래대금의 규모 및 회사의 재무상태 등 사정에 비추어 그것이 회사의 입장에서 볼 때 경영상의 필요에 의한 정상적인 거래로서 용인될 수 있는 한계를 넘어 주로 교환거래를 하려는 특수관계자의 개인적인 이익을 위한 것에 불과하다면, 그와 같은 거래는 임무위배행위에 해당한다고 보아야 할 것이다.

원심은, 이 사건 주식교환의 목적이 피고인 최태원으로 하여금 현금의 부담 없이 SK주식을 취득하게 하는 데에 있었고, 피고인 최태원의 SK그룹 산하 직속조직인 구조본이 교환계약의 내용을 실질적으로 결정하였

857) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2005도4640 판결. 이 판결에서는 현금유동성 상실이 재산상 손해로 인정될 수 있는 경우를 일정한 상황으로 제한하고 있다. “거래의 주된 목적이 비상장주식을 매도하려는 매도인의 자금조달에 있고 회사로서는 그 목적 달성에 이용된 것에 불과하다고 보이는 등의 특별한 사정이 있다면, 비상장주식을 현금화함으로써 매도인에게 유동성을 증가시키는 재산상의 이익을 취득하게 하고 반대로 회사에 그에 상응하는 재산상의 손해로서 그 가액을 산정할 수 없는 손해를 가한 것으로 볼 수 있다. 다만, 기업의 경영과 자금운영에 구체적 위험을 초래하지 않았음에도 단지 현금유동성의 상실만을 이유로 배임죄의 성립요건인 재산상 위험이 발생하였다고 인정하는 것은 신중을 기하여야 한다. 이 사건에서, SK씨앤씨가 상장주식을 비상장주식으로 교환한 것인 만큼 처분의 용이성 면에서는 분명 차이가 있겠으나, SK씨앤씨가 SK주식을 장기보유 목적으로 취득·보유하여 온 이상, 이를 위커힐 주식으로 대체하였다고 하여 현금유동성 면에서도 의미있는 차이가 나는지 의문일 뿐 아니라, 이 사건 주식교환 자체로 SK씨앤씨에게 유동성위기나 영업 차질이 초래되었다고 볼 객관적인 자료가 없는 이 사건에서, SK씨앤씨의 재무구조, 유동성, 안정성에 관한 심리·판단 없이, 이 사건 교환으로 현금유동성 상실로 인한 재산상 위험이 발생하였다고 단정한 원심의 조치는 적절하다고 할 수 없으나, 앞서 본 바와 같이 SK씨앤씨에게 손해가 발생한 것으로 본 원심의 판단이 정당한 이상, 원심의 위와 같은 잘못은 판결 결과에 영향을 미친 바 없다.” .

으며, SK씨앤씨는 이사회조차 정식으로 개최하지 않고 이사회 의사록만 작성하였던 점, SK씨앤씨가 이 사건 주식교환을 하여야 할 경영상의 필요나 그로 인하여 얻게 되는 이익이 별로 없었던 점, 교환과정에서 SK씨앤씨의 회사이익을 고려하는 절차를 제대로 거치지 아니한 점 등의 그 판시와 같은 인정 사실들에 비추어 이 사건 주식교환 거래가 임무위배행위에 해당하고 피고인들의 배임의 범의도 인정된다고 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 인정과 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고 거기에 상고이유의 주장과 같은 위법이 없다.”

이 사안에서는 주식교환가치 산정의 적정성 등에 대해 다툼이 있었다. 즉 손해 요건과 관련하여 주식교환가치 산정에서 경영권프리미엄 가산의 적정성이나 현금유동성상실의 손해 인정여부 등과 관련하여 구체적 가치 산정의 문제가 비교적 상세히 판단되었다. 이에 비해서 임무위배행위의 판단에서는 구체적인 손익산정 없이 상기 밑줄부분의 사정을 토대로 임무위배행위성을 판단하고 있다. 임무위배행위 판단에 행위시점의 손익에 측이나 형량이 고려될 수 있는 것과 별론으로, (사후적 관점에서 실제의) 구체적인 손해액 산정은 손해요건의 문제이기 때문에 이런 판례의 태도는 타당하다.

판례가 실시한 사정에 대해서 구체적으로 검토하면, ① 주식교환의 목적이 특수관계자로 하여금 현금의 부담 없이 SK주식을 취득하게 하는 데에 있었던 점⁸⁵⁸⁾ 회사에 의해 임무수행으로 용인되는 행위의 한계를 축소하는 요소이다. ② 그룹 산하 직속조직인 구조본이 교환계약 내용을 실질적으로 결정한 사정은 내용형성에 영향을 끼치는 절차의 비합리성이므로 역시 회사에 의한 용인한계를 축소한다. 정식의 이사회 없이 이사회 의사록만 작성하였던 점 역시 그러하다. ③ 회사에게 이 사건 주식교환을 하여야 할 경영상의 필요나 그로 인하여 얻게 되는 이익이 별로 없었던 점은 (행위 시 예측된 양 주식가치 간 불균형과 별개로), 거래로 인한 급부의 이익 및 회사 입장에서의 필요성 결여에 따라 용인한계를 축소한다. 이처럼 회사의 용인한계를 축소하는 다수 요소의 중첩을 총합하면 회사가 용인할 수 있는 행위의 폭이 극도로 축소되고, 양 주식교환이 갖는 가치불균형의 위험은, 극히 협소

858) 행위자의 내심보다 행위의 외부에서 관찰되는 목적·수단의 속성에 중점을 두어야 한다.

하게 된 회사의 용인가능한 한계를 초과하게 된다.

한편 이 사건에서 양 주식간 차액에 따른 손해인정이 곤란하여 현금유동성상실의 손해만이 문제되는 상황을 가정할 수 있다. 회사의 재무구조, 유동성, 안정성에 문제가 없더라도 회사의 입장에서 필요성이 인정되지 않고 이사회결의나 정보수집 조사 이행 등 절차의 합리성도 없어 회사의 용인한계가 축소되므로 임무위배행위의 존재가 인정될 수 있다. 다만 현금유동성의 상실이 회사에 끼치는 영향이 현실적인 손해(판례의 입장에서 구체적 위험)에 이르지 않는 경우에는 배임죄의 미수범이 성립될수 있을 것이다.

(2) 골프장회사 임원의 골프장이용 우대규정 사건

대법원은 골프장 회사 임원이 우대규정에 근거하여 회사 골프장 이용시 이용료를 면제받은 사안에서 임무위배행위성 및 고의를 결합하여 아래와 같이 판시하고 있다.⁸⁵⁹⁾

“이 사건 공소사실의 대상이 된 피고인들의 각 행위는 피고인들이 위 골프장에서 골프를 친 후 임의로 그 비용의 전부 또는 일부를 면제받거나 미납한 것이 아니라, 종전 규정 또는 개정 규정에 의하여 그 각 규정에서 정한 내용에 따라 그 해당 비용을 면제받은 것일 뿐인 사실 등을 알 수 있다. 일반적으로 법인의 정관이나 그에 따른 세부사업을 위한 규정 등 단체 내부의 규정은 특별한 사정이 없는 한 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는등 사회관념상 현저히 타당성을 잃은 것이거나 결정절차가 현저히 정의에 어긋난 것으로 인정되는 경우 등을 제외하고는 일용 유효한 것으로 볼 수 있는 점, 회사의 대주주 및 임직원, 기타 관계자에 대하여 회사시설의 사용이나 그에 관한 비용지불 등에 관하여 객관적, 합리적으로 수궁할 수 있는 범위 내에서 어느 정도의 우대규정을 두고 이를 적용하는 것은 회사의 자율적인 운영권의 범주 내에 해당한다고 할 수 있는 점, 위와 같은 우대규정의 마련·적용을 통하여 회사의 운영상의 효율성 제고, 임원들의 사기진작 및 우수임원 유치, 대외적인 이미지 향상 내지 회사홍보, 회사의 무형적 가치 상승 등의 효과를 가져올 가능성도 있는 점 등을 고려하여 보면, 이 사건

859) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도522 판결 [상법위반].

과 같이 피해자 주식회사의 대표이사 또는 이사인 피고인들이 종전 규정이나 개정 규정에 의하여 위 골프장 이용에 따른 비용을 면제받은 행위가 이사로서의 임무에 위배되는 행위에 해당하는지 여부 내지 그에 관하여 피고인들의 배임의 고의가 인정되는지 여부를 판단함에 있어서는, 위와 같은 각 규정의 적용을 통하여 단순히 회사에게 금전적인 수입의 감소가 발생하고 피고인들에게 동액 상당의 금전적 이익이 발생하였는지 여부만을 기준으로 살필 것이 아니라, 구체적으로 위 각 규정의 제정 및 개정의 시기·동기·경위·절차, 피해자 주식회사의 영업 규모나 방식, 재정 상태, 골프장 이용객 수, 관련 업계의 관행, 종전 규정이나 개정 규정의 효력 여하 및 피고인들이 위 각 규정을 적용하지 말아야 할 법령상 또는 신의칙상 의무가 있는지 여부, 위 각 규정에서 정하고 있는 비용면제의 범위 및 정도가 객관적, 합리적으로 수궁할 수 있는 범위 내에 해당한다고 볼 수 있는지 여부, 위 각 규정의 적용 결과 감소될 수입의 정도와 발생이 예상되는 무형적, 잠재적 이익의 정도, 실제로 피고인들이 위 각 규정에 의하여 비용을 면제받은 시기, 빈도, 액수 등 및 위 골프장 이용 경위 및 동반자, 당시의 피해자 주식회사의 경영 상태, 기타 제반 사정들에 관하여 심리를 한 후, 종합적으로 판단하여야 할 것이다. 그럼에도 불구하고, 원심이 위와 같은 사정들에 관하여 구체적인 심리를 다하지 아니한 채, 그 판시와 같은 추상적인 사정들만을 근거로 피고인들의 이 사건 각 행위가 피해자 주식회사에 대하여 배임행위에 해당하고 피고인들에게 그 배임의 고의가 인정된다고 판단한 데에는 심리미진 또는 상법상 특별배임죄에 관한 법리오해로 인하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다. 이를 지적하는 이 부분 상고이유의 주장은 이유 있다.”

판례의 설시는 다음과 같이 평가될 수 있다. ① ‘법인의 정관이나 그에 따른 세부사업을 위한 규정등 단체 내부의 규정은 특별한 사정이 없는 한 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 등 사회관념상 현저히 타당성을 잃은 것이거나 결정절차가 현저히 정의에 어긋난 것으로 인정되는 경우 등을 제외하고는 일용 유효한 것으로 볼 수 있다’는 판시는, 행위자가 규정의 제정주체 또는 내용에 이해관계가 없는 경우에는 타당할 수 있으나, 본 건처럼 행위자와 규정내용(또는 규정주체) 간에 이해관계가 존재할 수 있는 사안에서는 타당한 판시라고 보기 어렵고, 회사가 용인가능한 한계가

확장된다고 볼 수 없다. ② 회사의 대주주, 임직원 기타 관계자들에 대해서 회사 시설의 사용이나 그에 관한 비용지불 등에 관하여 객관적, 합리적으로 수궁할 수 있는 범위 내에서 어느 정도의 우대규정을 두고 이를 적용하는 것이 ‘회사’의 자율적인 운영권 범주 내의 행위라고 판시한 부분은, 사안에서 회사와 그 기관인 자연인 간 발생할 수 있는 이익충돌을 간과한 것으로 합리적 근거라 하기 어렵고, 따라서 회사의 용인한계가 확장될 수 없다. ③ 우대규정을 통하여 회사의 운영상의 효율성 제고, 임원들의 사기진작 및 우수임원 유치, 대외적인 이미지 향상 내지 회사홍보, 회사의 무형적 가치 상승 등의 효과를 가져올 가능성도 있는 점은 회사가 얻을 수 있는 비재산적 이익으로서 회사의 용인한계를 확장하는 요소이다. 이것은 연이어 실시된 “각 규정의 적용 결과 ...발생이 예상되는 무형적, 잠재적 이익의 정도”에서도 중복하여 고려되고 있다. ④ 그 외 사정은 전형적으로 회사의 용인한계를 확장 또는 축소할 수 있는 요소들이다. 결국 대법원이 “원심이 위와 같은 사정들에 관하여 구체적인 심리를 다하지” 않았음을 문제삼은 것은, 임무위배행위 판단에서 회사의 용인한계를 결정하는 요소에 관한 심리미진을 지적하였다고 평가된다.

(3) 경비용역계약체결 사건

이 판결은 회사경영권 분쟁과정에서 현 경영진이 회사의 비용부담 하에 대규모 경호인력을 동원하고 경비용역업체에 용역비를 지급한 것이 재산상 이익을 취득하게 한 임무위배행위라고 하면서 아래와 같이 판시한다.

“원심은 피고인 000이 A사의 경영권을 둘러싼 분쟁 과정에서 회사의 시설 보호 또는 임직원의 신변 보호에 필요하다는 이유로 객관적으로 적정한 수준을 훨씬 초과하는 그 판시와 같은 대규모의 경호경비인력을 동원하는 용역계약을 체결하고 경호경비 용역업체에게 그 판시와 같은 규모의 용역비를 지급한 것은 경호경비 용역업체에게 재산상 이익을 취득하게 하고 A사에게 재산상 손해를 가하는 것으로서 업무상배임죄에 해당한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단도 정당한 것으로 수궁이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와

같이 배임의 고의, 재산상 이익의 의미 등에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 위법이 없다.” 860)

대법원이나 원심 모두, 이사들이 경호경비 용역업체에게 이익을 취득하게 한 것이 임무위배행위라는 점에 대해서 별다른 의문은 없는 것 같다. 그러나 행위자가 경호경비 용역업체와 어떤 특별한 이해관계를 갖는 사정이 보이지 않는 이 사건에서 이러한 단정은 다소 설부른 감이 있다. 경호경비용역업체는 실제로 용역대금의 대가인 용역경비를 제공하였고, 판례는 행위시에 예측되는 급부 간 불균형의 위험을 판단하고 있지도 않다. 이 사건의 실질은 오히려 경영권을 유지하려는 행위자가 회사 비용을 자기 경영권 유지용도에 지출한, 이사 개인의 이익취득이 문제되는 사안이기 때문이다. 즉 문제는 이사가 자신의 경영권방어 소요비용인 경비용역대금을 회사에게 부담하게 함으로써 동 금액만큼 자신의 비용지출을 면한 재산상 이익을 취득한 행위이므로, 관건은 이것이 회사에 의하

860) 대법원 2013.3.28. 선고 2012도16281 판결. 원심인 서울고등법원 2012. 12. 13. 선고 2012노2246 판결에 설시된 피고인의 임무는 다음과 같다. “회사의 시설이나 임직원 신변보호를 위해 경호경비 계약을 체결하는 경우 00000의 재산상 업무를 처리하는 피고인 000으로서 00000 경영권을 두고 경쟁하는 다른 세력들의 성향과 동태를 분석하여 그들이 물리적인 방법으로 00000의 시설을 점거함으로써 00000의 정상적인 업무를 방해할 가능성이 있는지, 임직원에게 대한 위해를 저지할 가능성이 있는지를 잘 살펴, 외부 경비용역의 고용 여부나 고용 시기 및 그 규모, 단가 등을 결정함으로써 불필요한 비용지출을 방지하여야 할 임무가 있음에도, 경영권 방어에 급급한 나머지 000나 000 측에서 대규모의 강패나 용역을 동원할지도 모른다는 막연한 추측만으로 경비계약을 체결하는 한편, 000가 2011. 3. 14. 000 경영권을 확보한 다음, 00000 회사건물 안에 있던 000 사무실 및 장부 등을 인계받기 위해 방문하자, 마치 2011. 2. 28. 000 사무실에 대한 퇴거조치가 이루어진 것처럼 날짜를 소급하여 퇴거 관련 서류를 만들어 낸 후, 그들의 출입을 금지함으로써 갈등을 자초하고, 000 측이 2011. 3. 16.에 사무실 진입을 시도하였다는 것을 구실로 2011. 3. 16.경 경비용역을 주간 59명, 야간 40명으로, 다음 날에는 주간 100명, 야간 30명으로 용역규모를 대폭 확대하여 2011. 3. 27.까지 유지하였다. 그리고 피고인 000 등은 정기주주총회 전날인 2011. 3. 28. 오후에는 000와 000이 청주지방법원으로부터 정기주주총회에서 집행관을 대동하여 함께 584만여 주에 대한 의결권을 행사하라는 가치분결정을 받았으므로, 정기주주총회 시 그들이 무리하게 대규모의 용역을 동원할 이유가 없는 상황이었음에도, 오히려 야간 용역의 규모를 300명으로 확대하고, 주주총회 당일 주간에도 300명의 용역을 동원하였다. 피고인 000은 2011. 5.경 000과 정기주주총회 관련 경호경비 용역비를 정산하면서 총 823,406,250원을 지급하기로 하는 내용의 계약서를 작성하고, 2011. 3. 16. 50,000,000원, 2011. 4. 1. 200,000,000원, 2011. 5. 11. 303,206,500원 합계 553,206,500원의 용역비를 지급하였다. 이로써 피고인 000은 피고인 000과 공모하여 임무에 위배하여 000에 가액 미상의 재산상 이익을 취득하게 하고 피해자에게 823,406,250원의 손해를 가하였다.”

여 용인가능한 범위 내인가 여부에 있다. 이 문제 역시 회사의 용인한계라는 측면에서 현 경영진 교체가 ‘회사에 주는 영향’을 고려하여 판단되어야 할 문제로 생각된다. 그런 측면에서 미국에서 적대적 인수합병 시 이사의 신인의무로서 제시되는 Unocal기준⁸⁶¹⁾은, 회사의 용인가능성의 기준과 접점이 있다고 본다.

(4) 주주권 침해

제3장에서 검토하였듯⁸⁶²⁾, 배임죄에 관한 우리 판례중에는 기부행위에 관한 판례를 비롯해서, 그 밖에 배임죄 성부에 주주의 이익을 검토한 것들이 있다. 그러나 배임죄의 임무해석에서는 (주주 전원이 동의하여 임무위배행위가 부정되는 경우를 제외하면) 주주의 이익을 고려하여 행위한 것이 상기한 기대의 확정, 기대의 이행여부, 절차과정의 고려라는 요소의 관점에서 볼 때 회사에 의한 용인한계 내의 행위인가 여부에 따라 판단되는 것이다. 요컨대 주주의 이익의 고려는, 어떤 행위가 주주의 이익을 고려한 것으로 인정될 때 배임죄가 된다 또는 아니다의 판단 ‘기준’이 아닌, 회사가 아닌 주주의 이익을 고려한 행위가 위와 같은 기준들에 따를 때 회사에 의하여 용인되는 것인가를 판단받아야 할 판단 ‘대상’인 것이다.

(5) 회사의 의사 판단에 의한 법인격 준별론 극복

대법원 2014. 11. 27. 선고 2013도2858 판결은 모회사의 자회사 지원행위에 대하여 임무위배행위성을 부정하고 있어 주목된다. 사안에서 A사의 대표이사인 피고인은, A사가 기존 사업 외에 새롭게 엘이디 사업에 진출하기 위해 수행하여야 하는 사업인 엘이디 패키징 임가공사업의 수행방

861) 이사의 적대적 인수합병 방어행위의 신인의무 위반 판단시에 회사의 정책과 효율에 영향을 줄 수 있다고 믿는 합리적 근거 및 방어수단의 합리성을 요한다는 내용이다. 상세는 김병태·이성훈·김수련, “M&A계약상 Fiduciary-Out조항에 관한 연구”, BFL 제20호, 서울대학교 금융법센터, 2006. 11, 36면. 한편 LBO가 배임죄의 임무위배인가를 판단함에 있어서도 획일적인 기준보다는 개별사례에서 회사의 이익 및 주주나 채권자 등의 이익 등을 총합적으로 고려하여 회사의 용인한계 내인가 여부를 구체적으로 판단해야 할 것이다. 개별적 검토를 옹호하는 견해로, 이용식, “차입매수(LBO)의 형사책임”, 형사판례연구[18], 박영사, 2010, 111면.

862) 제3장 제4절 제3항 및 제4항 참조.

법을 놓고 조직구조에 대한 여러 방안을 고심한 끝에 이익극대화 및 리스크 최소화를 고려하여 자회사로 독립사업체 B사를 설립하여 그에 하도급하기로 결정하고, B사에게 하도급받은 업무를 수행하는데 필요한 공장부지 매입자금과 설비증설비용 등을 대여하고 B사가 부지매입, 설비증설비용 등을 대출받을 때 연대보증 또는 담보제공을 하였다는 공소사실로 특정법위반(배임)죄로 기소되었다.

대법원은 회사가 연대보증이나 담보를 제공하는 경우 주채무자가 채무초과 상태에 있더라도 그러한 이유만으로 자금대여나 연대보증 또는 담보제공이 곧바로 회사에 대하여 배임행위가 된다고 단정할 수 없다는 일반론을 설시하고, B사가 대출받은 자금 전액을 예정된 용도로 사용하였고 A의 계획대로 엘이디 패키징 임가공을 하도급받아 사업을 정상적으로 영위하였으므로, 피고인이 A사에게 손해가 발생하리라는 점을 알고 있었다고 보기 어렵고 따라서 위 자금대여나 연대보증 또는 담보제공이 업무상 배임행위가 된다고 할 수 없다고 판시하였다.⁸⁶³⁾

863) 대법원 판결의 관련부분 설시는 아래와 같다.

“회사의 대표이사가 타인에게 회사의 자금을 대여하거나 타인의 채무를 회사 이름으로 연대보증하거나 또는 타인의 채무를 위하여 회사의 재산을 담보로 제공함에 있어 그 타인이 이미 채무변제능력을 상실한 관계로 그에게 자금을 대여하거나 그를 위하여 연대보증을 하거나 또는 담보를 제공할 경우에 회사에 손해가 발생할 것이라는 점을 알면서도 이에 나아갔다면 이러한 행위들은 회사에 대한 배임행위가 된다고 할 것이나, 그 타인이 채무초과 상태에 있더라도 그러한 이유만으로는 자금대여나 연대보증 또는 담보제공이 곧 회사에 대하여 배임행위가 된다고 단정할 수 없다....(중략)... 이와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 공소의 1 회사의 대표이사인 피고인은 공소의 2 회사로부터 엘이디 패키징 임가공을 도급받기로 한 후 그 도급받은 업무를 수행하기 위하여 독립된 회사로서 공소의 5 회사를 설립하도록 한 다음, 공소의 5 회사에 공장과 장비를 유상으로 대여하면서 공소의 2 회사로부터 도급받은 엘이디 패키징 임가공을 다시 공소의 5 회사에 하도급함으로써 공소의 2 회사에 대한 엘이디 패키징 임가공 매출의 5%에 해당하는 이익을 취득하는 과정에서, 공소의 5 회사의 엘이디 패키징 임가공 사업의 원활한 수행을 위하여 공장부지 매입자금과 공장설비 증설비용 등을 대여하고 공소의 5 회사가 공장부지 매입자금이나 공장설비 증설비용 또는 회사운영자금 등에 사용할 목적으로 금융기관으로부터 대출을 받을 때 연대보증 또는 담보제공을 하기도 한 것이었으므로, 공소의 5 회사가 공소의 1 회사로부터 차용한 자금과 금융기관으로부터 대출받은 자금을 모두 예정대로 공장부지 매입자금이나 공장설비 증설비용 또는 회사운영 등에 사용하면서 피고인의 계획대로 공소의 1 회사로부터 엘이디 패키징 임가공을 하도급받아 사업을 정상적으로 영위한 것으로 보이고, 달리 공소의 5 회사가 이미 채무변제능력을 상실하였거나 상실할 것으로 예상되기 때문에 그에게 자금을 대여하거나 그를 위하여 연대보증을 하거나 또는 담보를 제공할 경우 공소의 1 회사에

이러한 판시의 배경에는 경제법에서 논의되는 ‘경제적 단일체 이론’과 유사한 정책적 사고가 근저에 있었을 가능성이 있다. 그러나 형법상 배임죄의 관점에서는 문제의 거래행위에서 본인인 회사에게 급부 외의 재산적 이익이 있는 점, 지원대상인 자회사 설립 자체가 모회사의 사업수행을 위한 것이었고 자회사의 사업현황이 모회사에 직접 영향을 끼치는 점, 자회사가 모회사의 조직으로 수행될 수 있는 업무를 수행하는 구조이기에 모회사의 입장에서 자회사를 지원할 경영상 필요성이 인정되는 점 등을 종합할 때, 모회사의 용인한계가 확장됨에 의해서 담보제공행위의 임무위배행위성이 부정되었다고 평가할 수 있다.

5. 결 론

지금까지 우리 배임죄의 임무위배행위는 임무에 위배한 이득행위인 점에 착안하여, 판단체계와 기준을 검토하였다.

임무위배행위의 실질이 있으려면 기본적으로 이득행위로서 이익취득가능성 및 손해발생가능성이 있어야 한다. 이득행위 여부 판단에서는 영득의사라는 주관적인 측면보다는 가급적 객관적인 이익이전 및 이익취득자와 행위자 간의 관계라는 객관적 측면에 주목하였다. 손해발생 가능성 판단에서는 급부와 반대급부 간의 불균형에 따른 위험창출이라는 객관적 귀속의 문제에 주목하였다. 다음으로 임무위배 여부 판단기준은 회사의 용인가능성으로 표현될 수 있는바, 용인가능성 판단의 인자에서도 주관적 요소를 가급적 배제함으로써 주관과 객관의 분리를 시도하였다. 사법 등에 의한 ‘의무’에의 위반여부는 배임죄에서 ‘임무’ 위배 판단의 하나의 단서에 그치고, 본인에게 손해를 발생시키는 이득행위가 본인이 용인할 수 있는 한계 내인가를 기준으로 임무위배 여부를 판단하여, 용인가능한 범위 내의 행위는 형법적으로 ‘임무’의 수행으로 인정될 수 있도록 함

손해가 발생할 것으로 보이는 사정을 인정할 증거도 없는 이상, 피고인이 공소의 1 회사를 대표하여 공소의 5 회사에 자금을 대여하거나 공소의 5 회사를 위하여 연대보증을 하거나 또는 담보를 제공할 당시에 이로 인하여 공소의 1 회사에 손해가 발생하리라는 점을 알고 있었다고 보기 어렵고, 따라서 피고인의 위와 같은 자금대여나 연대보증 또는 담보제공이 곧 공소의 1 회사에 대한 업무상 배임행위가 된다고 단정할 수도 없다.”

으로써 배임죄의 임무위배 판단에서 사(타)법 종속성 배제를 도모하였다. 이러한 시도는 판례에서 나타나는, 임무위배행위보다 배임의 고의 판단에 치중하거나 양자를 묶어서 판단하는 현상을 개선하고, 객관적 요건인 임무위배행위 판단에 관한 판례를 축적하게 함으로써 임무위배행위 개념에 대한 수범자의 예측가능성을 제고하는 토대를 마련하려는 것이다.

제2항 개별 사례에의 적용

앞서 검토한 일반기준을 이사의 배임행위 여부가 문제되는 개별 사례에 적용하면 이하와 같다.

I. 임원 보수지급

1. 일반론 : 임원보수책정의 법적 기준

이사의 보수는 회사와의 위임약정에 따라 이사가 회사에 제공한 직무수행의 대가로 이사에게 지급된다. 회사는 이사에게 다양한 명목으로 대가를 지급하는 것이 일반적이나, 이사의 보수에는 명칭을 불문하고 직무수행의 보상으로 지급되는 대가는 모두 포함된다.⁸⁶⁴⁾ 이사에 대한 보수지급은 회사재산을 재원으로 하기 때문에 회사의 입장에서 재산의 유출이며, 적정선을 초과하는 경우 회사에 경제적 손실을 초래한다. 그 결과 채권자의 책임재산이 감소함은 물론 주주에게 배당할 이익이 잠식되고, 회사재산을 부당하게 유출시키는 방법으로 악용될 우려가 있다. 이 지점에서 임원의 보수지급에 대해서 일정한 규제의 필요성이 제기된다. 임원의 보수지급에 대해서 상법은 임원의 보수총액을 각 회사 정관에서 정하도록 하고 정관에서 정하지 않은 때에는 주주총회에서 정하도록 규정한다. 다만 보수에 관한 규정은 변경이 잦기 때문에 이를 정관에 정하기 보다는 많은 회사에서 이사회 및 정기주총회의 결의를 거쳐 임원보수를 결정한다. 그러나 상법은 보수결정 절차 외에 금액의 기준을 제시하고 있지 않기 때문에, 총회의 결의를 거쳤다면 금액의 적정성과 무관하게 사법상 유효한 것인가가 문제될 수 있다.

864) 대법원 2014. 5. 29. 선고 2012다98720 판결.

2. 보수지급 기준에 관한 판례

(1) 민사판결의 제시기준

보수지급에 관하여 민사에서 논의되는 기준은 형법에서 일응의 참고가 될 수 있다. 최근의 민사판례에서는 이사들이 퇴임을 앞두고 퇴직금지급률을 종전의 3~5배까지 인상, 자신들의 근속기간 개시시로 소급 적용하는 임원퇴직금규정을 주주총회 결의에서 의결하게 하고 퇴임후 원고로서 회사를 상대로 보수지급을 청구한 사안이 문제되었다. 대법원⁸⁶⁵⁾은 이 판결에서 크게 두 가지 사항을 판시하고 있다. 하나는 상법에 보수결정의 기준에 관한 규정이 없더라도 이사가 회사에 대하여 제공하는 직무와 지급받는 보수 사이에 합리적 비례관계가 유지되어야 한다는 점이고, 다른 하나는 이사가 그 직무내용, 회사의 재무상황이나 영업실적 등에 비해 지나치게 과다하여 합리적 수준을 현저히 벗어나는 보수 지급기준을 마련하고 지위를 이용하여 주주총회에 영향력을 행사함으로써 결의되도록 하였다면 상법상 충실의무를 위반하여 회사재산의 부당한 유출을 야기함으로써 회사와 주주의 이익을 침해하는 것으로서 회사에 대한 ‘배임 행위’에 해당한다는 점이다. 대법원은 이러한 행위는 주주총회결의의 보수지급결의를 거쳤더라도 무효임을 이유로, 그에 근거한 원고들의 보수지급청구를 기각한 원심판결을 유지하였다.

865) 대법원 2016. 1. 28. 선고 2014다11888 판결 “상법이 정관 또는 주주총회의 결의로 이사의 보수를 정하도록 한 것은 이사들의 고용계약과 관련하여 사익 도모의 폐해를 방지함으로써 회사와 주주 및 회사채권자의 이익을 보호하기 위한 것이므로(대법원 2006. 11. 23. 선고 2004다49570 판결 참조), 비록 보수와 직무의 상관관계가 상법에 명시되어 있지 않더라도 이사가 회사에 대하여 제공하는 직무와 그 지급받는 보수 사이에는 합리적 비례관계가 유지되어야 하며, 회사의 재무 상황이나 영업실적에 비추어 합리적인 수준을 벗어나서 현저히 균형성을 잃을 정도로 과다하여서는 아니 된다. 따라서 회사에 대한 경영권 상실 등에 의하여 퇴직을 앞둔 이사가 회사로부터 최대한 많은 보수를 받기 위하여 그에 동조하는 다른 이사와 함께 이사의 직무내용, 회사의 재무상황이나 영업실적 등에 비추어 지나치게 과다하여 합리적 수준을 현저히 벗어나는 보수 지급 기준을 마련하고 그 지위를 이용하여 주주총회에 영향력을 행사함으로써 소수주주의 반대에 불구하고 이에 관한 주주총회결의가 성립되도록 하였다면, 이는 회사를 위하여 직무를 충실하게 수행하여야 하는 상법 제382조의3에서 정한 의무를 위반하여 회사재산의 부당한 유출을 야기함으로써 회사와 주주의 이익을 침해하는 것으로서 회사에 대한 배임행위에 해당하므로, 주주총회결의를 거쳤더라도 그러한 위법행위가 유효하다 할 수는 없다.”

(2) 형법상 이사 보수의 적정성 판단 : 회사의 용인가능성

이러한 판시는 형사책임에도 시사하는 바가 있다. 우선 주주총회 결의는 이사보수의 과도한 지급에 대한 민사책임의 면책사유가 될 수 없고 형사책임에서는 더욱 그러하다. 회사는 주주와 구별되는 실체로 고유의 경제적 이해관계를 갖기 때문이다. 또 하나의 중요한 부분은 보수에 대한 판단기준을 제시하고 그 초과시 충실의무위반이 성립할 수 있음을 밝힌 점이다. 특히 이사 보수지급에 대한 법적 판단은 기업의 사적 자치와 관계에서 문제가 있을 수 있는바, 판례⁸⁶⁶⁾는 이사가 업무를 전혀 수행하지 않은 경우 쉽게 배임죄 성립을 긍정하였다. 그러나 실제로는 대상 이사가 업무수행의 외형을 갖춘 상태에서 법령상의 지급절차를 거쳐 지급되는 경우가 대부분이다.

이 사건에서 대법원이 이사의 배임행위 성립의 전제로 요구한 기준, 이사의 보수결정이 ① ‘이사의 직무 내용, 회사의 재무 상황이나 영업 실적 등’에 비취 ② ‘지나치게 과다하여 합리적 수준을 현저히 벗어’날 것을 배임행위 성립의 전제로 요구한다. 판례가 실시한 요소들은 앞서 본고에 제시된 판단기준에 의해서 판단될 수 있다. 그러나 보수지급은 근본적으로 계약자치의 문제이므로 그 판단이 용이하지 않을 것이다.

866) 대법원 2007. 6. 1. 선고 2006도1813 판결 및 원심인 서울고등법원 2006. 2. 14. 선고 2005노1858 판결. 원심판결을 소개하면 아래와 같다.

“비록 공소의 9의 공소의 2 주식회사에서의 감사, 공소의 8 주식회사에서의 대표이사 지위가 주주총회 및 이사회 결의로 해임되는 것이고 그 보수가 정관에서 정해지는 사항이라 하더라도, 공소의 9가 그 직무를 전혀 수행하지 아니하였다면, 공소의 2 주식회사와 공소의 8 주식회사로서는 당연히 공소의 9에 대한 급여와 상여금의 지급을 거부할 수 있는 것이고, 반면 공소의 9로서는 그 지급을 청구할 수 없다고 판단되고, 피고인 1은 위 다항에서 살펴본 바와 같이 부회장 공소의 3, (그룹명 생략)그룹 구조조정실을 통하여 공소의 2 주식회사와 공소의 8 주식회사의 경영을 총괄하는 지위에 있었고, 공소의 2 주식회사와 공소의 8 주식회사의 이사이기도 하였으므로, 위와 같이 공소의 9에게 부당한 급여와 상여금이 지급되는 것을 중지하도록 하여 공소의 2 주식회사와 공소의 8 주식회사의 재산상 손해를 막아야 할 업무상 임무가 있다고 보이는데, 피고인 1이 공소의 9와 부부 사이로서 공소의 9에게 부당하게 지급된 급여와 상여금을 통한 이익을 실질적으로 공유하는 관계에 있었고, 공소의 9가 그 직무를 전혀 수행하지 아니하면서도 급여를 지급받는다는 사정을 잘 알고 있었다고 추인되는 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 공소의 33, 34 등에게 암묵적으로 지시하거나 또는 마땅히 해야 할 의무를 이행하지 아니하는 방법으로 공모하여 이 사건 업무상배임의 범행에 공동 가공하여 범죄를 실현하였다고 판단된다.”

다만 이 판결의 사안에서 행위자들의 행위에 대한 본인(회사)의 용인 가능성 판단은 비교적 용이하다. 회사의 입장에서 퇴직을 앞둔 이사에게 규정 개정까지 해가면서 지급율을 기존의 3~5배로 인상한 고금액 퇴직금을 지급할 필요가 있었는가는 극히 의문이다. 독일 Mannesmann사건⁸⁶⁷⁾에서도 퇴직으로 회사에 기여할 가능성이 없는 이사에 대한 거액의 공로 보수 지급결의에 대해서 향후의 기대이익이 없다는 점이 판시의 결정적인 이유가 되었다. 의사결정과정 및 그 합리성 측면에서도, 이사들은 안건 기획, 이사회상정, 의결, 주주총회 개최 및 결의를 이끌어내는 전체 과정에서 충분한 논의를 거치지 않았다는가 절차의 외관만 가장했을 가능성이 높고, 이사의 보수지급에 대한 이해관계는 사안의 주총결의를 회사의 의사로 보기 어렵게 한다. 민사법원에서 충실의무위반이 인정된 점도 임무위배행위를 긍정할 유력한 단서이다. 이를 총합하면, 이 사안에서 보수지급규정 개정을 의결한 일련의 행위는 배임죄의 임무위배행위로 인정될 수 있다고 본다.

이 사안과 달리 판단이 명백하지 않은 사안에서, 보수지급의 사적자치와 형법적 개입의 관계, 어떤 경우에 형법적 규제가 필요하고 정당화될 수 있는가는 여전히 쉽지 않은 문제이다. 여기서 외국의 사례를 검토하는 것이 일응의 참고가 될 수 있다.

3. 외국의 형사규율 사례 : 독일 및 프랑스

(1) 독일

임원 보수에 대한 각국의 접근 역시 민사 및 형사제재에 의한 규제를 배제하지 않고 있다. 독일의 경우 주식회사에서는 감사회가 대표이사의 보수를 결정하는데, 주식법 제87조⁸⁶⁸⁾에 따르면 감사회는 이사에 대해

867) 이하 3.항 참조.

868) “감사회는 각 이사의 보수총액(급여, 이익참가, 비용보상, 보험료, 수수료, 예를 들면 신주인수권과 같은 성과유인적 보수약속 및 각종 부수적 급여)의 확정시에 그 보수총액이 이사의 업무와 업적 및 회사의 상황과 적정한 관계에 있도록 하고 특별한 사유 없이 통상의 보수를 초과하지 않도록 주의하여야 한다(이하 생략)” 번역은 법무부(이형규 역), 독일 주식법, 법조협회, 103면에 의함. 독일에서는 이사보수의 민사적 규제와 관련하여 2009년 ‘이사 보수 적정화에 관한 법률’의 입법으로 주식법 등이 개정된바 있다. 이에 관하여 성승제, “독일의 이사 보수 적정화에 관한 법

적절한 보수를 승인하여야 한다. 개별이사의 보수총액은 이사의 업무, 업적 및 회사의 상황과 적절한 관계가 있어야 하고 특별한 사유가 없는 이상 통상의 보수를 초과하지 않도록 유의하여야 한다. 이와 관련하여 적대적 인수합병시 그 방어수단으로 인수회사가 피인수회사 임원에게 높은 보수를 지급할 것을 조건으로 하는 이른바 황금낙하산 약정에 기하여 특별보수를 지급한 행위에 대한 배임죄 성부가 문제된바 있다. Mannesmann사건으로 세칭되는 이 사건 사안에서는, 독일 Mannesmann(이하 M)사가 영국 통신회사 Vodafone(이하 V)사에 의한 적대적 M&A시도에 대해 방어행위를 하는 과정에서 M사의 CEO 등이 V사의 인수에 협조하고, 주식교환에 의해 M사 지분 일체를 V사가 취득한 후 상호 합병하는 절차로 나아갔다. 합병회사 출범 전 M사 감사회는 그 CEO에 대하여 M&A의 성공적 완료에 대한 공로금 등 명목으로 1,600만유로의 특별보수 지급을 의결하였는바, 피고인인 감사회 위원의 위 의결행위에 대한 배임죄 성부가 문제되었다.

원심은 피고인들이 주식법상 충실의무를 위반하였지만 그 의무위반이 중대하지 않다는 이유로 무죄를 선고하였다. 그러나 독일연방대법원⁸⁶⁹⁾은 배임죄에서 의무위반의 중대성은 요구되지 않고, 회사에 장래 아무런 이익이 없는 특별보수 지급의결은 회사재산을 감사회 위원의 충실의무에 반하여 낭비한 것이라고 판시하여 원심판결을 파기환송하였다. M&A이후 이사가 더 이상 그 회사에서 일하지 않으면 장래를 위한 격려 또는 투자 효과가 배제되기 때문이다. 이것은 이사에 대한 특별보수 지급을 일종의 투자로 보고 모험거래유사 기준인 기대수익 교량 문제로 접근한 것으로 볼 수 있다. 동 판결에서는 이사보수 결정에 넓은 재량이 고려된다고 하고, 보수지급이 계약상 합의된 경우에는 항상 허용된다고 한듯한 부분도 보인다. 그러나 학설에서는 이사 보수가 계약에 근거하더라도 주식법 제 87조 제1항에 따른 보수액의 적정성통제에서 제외될 이유가 없음이 지적된다.⁸⁷⁰⁾ 다만 주식법에 의해서 보수의 적정성이 요구되더라도 그 판단

를 제정동향”, 최신외국법제정보, 한국법제연구원, 2010 참조.

869) NJW 2006, 522. 원심은 LG Düsseldorf NJW 2004, 3275.

870) Fleischer/Bauer, *Von Vorstandsbezügen, Flugreisen, Festschriften, Firmensponsoring und Festessen*, ZIP 2015 1901, 1905. 판례 중에는 계약상 보수지급의 근거가 있음에도, 그에 따른 보수지급이 아무런 이익을 가져오지 않는다는 이유로, (보수지급의 적정성에 대한 평가 없이 곧바로) 지급이 인정될 수 없다고 판시한 것이 있다(LG Essen v.

에 비교적 넓은 재량이 인정되는 결과, 이사의 보수와 대가관계에 있는, 이사가 제공하는 역무(또는 그에 대한 기대)의 존재 자체가 부정되지 않는다면 구체적인 보수액의 적정성에 대한 엄격한 판단보다는 상대적으로 적정한 절차를 거쳤는가 여부가 중요하게 고려될 것으로 보인다.

(2) 프랑스

프랑스에서도 이사 보수의 지급에 대해서 일정한 경우 회사재산남용죄 성립을 긍정한다. 이사에 대한 보수지급은 회사의 재산을 감소시키기 때문에 회사재산남용죄의 객관적 요건인 회사재산의 ‘사용’을 충족한다. 그러나 동 죄는 또 다른 객관적 요건으로서 이러한 사용이 회사의 이익에 반할 것을 요구한다. 앞서 보았듯 회사의 이익에 반하는가 여부를 판단함에 있어서는 사용행위로 회사재산에 발생하는 위험이 기준이 된다. 그 위험은 회사의 재정상태를 고려하여 판단하되, 반대급부와의 균형이 결여된 경우에는 쉽게 인정된다. 이사의 보수지급이 문제된 사례에서도 크게 ① 회사의 재정상태, ② 이사의 능력 및 그가 제공하는 용역가치에 비교하여 적정한가의 두 가지 기준에 의해서 회사재산남용죄 여부가 판단된다.⁸⁷¹⁾ 실제의 활동이나 업무수행 사실이 전혀 없는 때에는 학설 및 판례 모두 동 죄 성립을 긍정한다.⁸⁷²⁾

다만 실제 업무수행이 있었던 경우는 문제인데, 보수지급에 불구하고 실제 활동 및 업무수행이 전혀 없는 경우와 실제 활동이나 업무제공이 어느 정도 있었던 경우 간 사법심사의 강도에 차별을 두는 경향이 있다고 한다. 즉 실제 업무를 수행한 사실이 인정될 때에는 금액의 절대적인 크기가 과다하거나 회사재정이 열악한 상태가 아닌 한 원칙적으로 제공된 업무와 지급된 보수총액을 비교하여 가치의 불균형 여부를 정밀하게

9. 9. 2013 - 44 O 164/10 - Arcandor/Middelhoff). 이것은 보수지급의 계약상 근거가 없었던 만네스만 판결과 실질적으로 동일한 태도이다. 동 판결 및 그 내용의 평가는 같은 글, 1901면 이하, 특히 1906면.

871) Crim. 23 mars 1992, n°90-82.295(이사의 연령 등 경험을 고려); Crim., 2 avril 2008, n° 07-85065(황금낙하산에 대해서 이사의 능력과 경험을 고려하여 회사재산남용죄 부정); Ammar Sharkatli, *La rémunération des dirigeants sociaux*, Thèse (Pour Docteur en Droit) à L'Université Lille 2, 54-61면 및 주 297 및 298.

872) B. Boulloc 앞의 글, 단락 86; D. Rebut, 앞의 글, 단락 48; W. Jeandidier, 앞의 글, 단락 41-42; Crim, 28 mars 1996, n°95-80.395.

평가하지는 않는다고 할 수 있다.⁸⁷³⁾ 그러나 금액의 절대적 크기가 과다하거나 회사의 재정이 열악한 상태이었던 경우에는 사법심사의 강도가 다시 강화된다.⁸⁷⁴⁾ 사례 중에는 심지어 회사가 적자를 기록하는 동안 보수를 스스로 삭감하지 않은 유한책임회사의 이사에게 회사재산남용죄 성립을 긍정⁸⁷⁵⁾한 것도 있다.

결국 프랑스에서 이사에의 보수지급이 회사의 이익에 반하여 회사재산남용죄가 성립되는 경우는 크게 업무를 전혀 하지 않는 등 실제 업무에 전혀 부합하지 않거나, 회사의 재정상태가 열악한 상태에서 과도한 보수지급의 두 유형으로 구분된다고 할 수 있다. 학설에서는 이사 보수의 결정은 원칙적으로 회사의 권한이며 형사법관이 보수와 반대급부의 구체적 가치평가를 수행하면 이사의 경영을 형사법관의 권한으로 대체하는 결과이기 때문에 판례가 기본적으로 타당하다고 평가된다.⁸⁷⁶⁾ 요컨대 프랑스에서는 위험범으로 운용되는 회사재산남용죄의 특성상, 이사에 대한 보수지급이 회사에 초래하는 재정상의 위험이 형사처벌에서 중요하게 고려⁸⁷⁷⁾된다고 할 수 있다.

4. 검토

(1) 단일회사의 보수지급

이사보수지급의 형사규제에 있어서는 보수결정이 원칙적으로 사적 자치의 영역인 점 및 경영전문가가 아닌 형사법관에 의한 금액평가의 합리성이 담보되기 쉽지 않다는 점이 고려될 필요가 있다.

873) D. Rebut, 앞의 글, 단락 49. 다만 일부 판례는 제공된 역무의 가치를 실질적으로 고려하여 판단한다. 예컨대 Crim. 17 octobre 2007, n° 06-85932 (“ l’augmentation de cette rémunération passant à 40 000 francs [...] alors même que la mise en place des points de vente avait pris du retard, que le prévisionnel n’était pas respecté et qu’au surplus la comptabilité de la société ne reflétait pas sa situation réelle...”.) 이 판례를 언급한 문헌으로 Ammar Sharkatli, *La rémunération des dirigeants sociaux*, Thèse (Pour Docteur en Droit) à L’Université Lille 2, 61면 및 주 293 참조.

874) F. Stasiak, *Affaire Vivendi Universal : condamnation des dirigeants pour infractions boursières*, RSC 2012, 571. 본문 및 주 15 참조.

875) CA Angers, 17 janvier 1991: JurisData n°1991-040838.

876) D. Rebut, 앞의 글, 단락 49.

877) 다만 판례의 이런 태도에 대해서는 회사재산남용죄의 성부를 회사의 재정적 변동에 좌우되게 하여 부당하다는 비판도 제기된다. D.Rebut, 앞의 글, 단락 69.

단일회사에서의 이사보수의 지급에 대해서는 독일과 프랑스의 형사규제에서도 가급적 사적 자치를 존중하려는 태도가 간취된다. 이에 의할 때 ‘지나치게 과다하여 합리적 수준을 현저히 벗어’ 난 경우에 한해 보수지급의 임무위배성을 긍정한 우리 대법원 판결의 입장 또한 지지될 수 있어 보인다. 따라서 이사가 단일회사로부터 보수를 수령하는 경우에 배임죄의 임무위배행위 여부 판단은, 그것이 단일회사 차원의 보수지급기준 등 적정한 근거에 따른 것인 이상 회사의 용인가능성의 폭을 가능한 한 넓게 확보하는 방향으로 수행되어야 할 것이다.

(2) 겸직이사에 대한 보수지급

대법원 민사판결이 제시한 보수기준은 재직하는 1개의 기업을 기준으로 하나, 이사 1인이 여러 기업에 동시에 상근·비상근으로 재직하는 경우에 재직중인 모든 기업들로부터 보수기준에 따른 급여 전액을 수령하는 것이 용인될 수 있는가도 문제이다.

이사가 겸직하는 다수 회사로부터 동시에 단일회사에 적용되는 것과 완전히 동일한 기준으로 산정된 보수 전액을 수령하는 경우에는, 임무위배행위 성부에 관하여 단일회사와는 다르게 판단될 여지가 있다. 일단 여러 회사의 상근이사 업무를 동시에 수행하는 것은 물리적 시간확보의 문제도 있고, 그것이 가능하더라도 다른 회사에 투입하는 시간을 오로지 하나의 회사에 전력하는 것과는 분명히 다르다.⁸⁷⁸⁾ 상법상 이사의 겸직금지 는 동종영업의 회사로 제한되지만, 그 취지에는 직무전념의 측면도 있다고 설명되고⁸⁷⁹⁾ 이는 반드시 동종영업 영위회사에 국한되지 않는 것이기에, 회사의 용인가능성이 보다 구체적으로 평가될 필요가 있다.

회사의 입장에서 볼 때 이사의 과도한 겸직은 이사가 제공하는 반대급부인 역무가치 저감위험을 상승시키는 것은 물론 전문성결여 등 문제도 제기될 수 있다. 그러나 그러한 위험에 대한 예측에는 불확실성이 내재하여 있고, 시너지효과 같은 전문적 정책적 판단이 고려될 여지도 있다. 겸직이사에 대한 보수의 감액여부나 범위, 즉 그 내용의 판단에는 재량

878) 일부회사에 상근으로, 다른 회사에 비상근으로 겸직하더라도 비상근겸직임원이 상근임원보다 많은 보수를 받기도 하는 현상도 나타난다.

879) 예컨대 이철송, 회사법강의(제26판), 박영사, 748면.

이 인정되며 특정한 보수결정의 내용만이 용인된다고 단정하기 쉽지 않으므로⁸⁸⁰⁾, 그 결정과정이 더욱 중요하게 고려되어야 할 것이다. 따라서 이런 사안에서는 위험감소조치의 이행여부가 중요한 관건이라고 본다. 이사의 업무내용, 투입시간 실적, 전문성, 등 보수지급에 관계될 수 있는 다양한 정보들 중 그 회사의 보수지급기준에서 고려되는 필요한 정보를 가능한 한 수집하여 이를 평가, 분석하고, 겸직이 초래할 수 있는 정력의 분산이나 시너지 등 영향을 평가, 분석하고 그 결과를 보수액 결정에 고려하는 과정이 필요할 것이다.

과도한 겸직이사에 대해서 보수 전액지급이 회사에 발생할 수 있는 손익에 대한 최소한의 검토조차 없이 또는 극히 형식적인 불충분한 검토에 의해서 겸직이 전제되지 않은 보수 전액을 지급하는 행위는, 회사에 의해서 용인된다고 보기 어렵다. 보수액 결정 등 행위 당시에 겸직사실이 존재하였고 이를 인식하였음에도 보수액 결정 과정에서 그에 대한 고려가 전혀 없이 단일회사 재직기준 보수 전액을 보수로 책정하여 지급으로 나아갔거나, 형식상으로 고려되었더라도 산정근거에 최소한의 합리성조차 인정되지 않는 경우에는, 그러한 보수지급에 나아간 일련의 행위는 회사의 용인한계를 넘는 가별적 임무위배행위로 인정될 여지가 있다고 할 것이다.

(3) 여론 : 배당가능이익 처분을 통한 이익금 지급

보수지급 규제와 관련하여 이사가 주주총회에서 배당가능이익 처분을 통해 이익금 일부를 지급받는 것이 보수지급인가 문제될 수 있다. 주주총회에서 배당가능이익 처분으로 이사에게 이익금을 지급하는 경우에는 이익처분이 자본거래인 점 및 법인세법상 손금불산입 규정을 근거로 회사에 손해가 발생될 수 없어 임무위배행위로 되지 않는다는 견해가 있다.⁸⁸¹⁾ 그러나 자본거래라든가 손금불산입 규정의 존재가 임무위배행위성을 배제하는가에 대해서는 의문의 여지가 있다. 형법은 본인인 회사로부터 그 소유재산의 현실적 유출 또는 불유입에 주목한다. 자본거래에서

880) 겸직시너지, 전문성, 지주회사 또는 주력계열사 여부 등 다양한 요소가 고려될 수 있을 것이다.

881) 이완규, 앞의 글(주 845), 312면 이하.

도 손해발생을 긍정함이 판례이며, 이익금 처분은 보통결의에 의하므로 절차상 보수지급과 차이가 없고, 그에 따라서 현실적으로 회사재산 감소가 발생하는, 회사재산을 재원으로 한 처분행위라는 점도 일반 보수지급과 다름이 없다. 따라서 이에 관해서는 보수지급의 임무위배행위 판단에 관하여 기술한 내용이 그대로 적용될 수 있다고 본다.

II. 계열사 지원행위

1. 서 설

기업집단 계열사 간 내부거래는 상품용역거래, 자금대여, 채무보증 및 자산양수도 등은 물론이고, 유상증자와 같은 자본거래나 합병·분할 등 조직법적 행위를 포함한 다양한 형태로 발생한다. 이는 원자재공급이나 수요의 안정성 확보, 거래비용 감소 등 여러가지 긍정적 효과를 발생할 수 있다. 우선 이러한 내부거래가 급부와 반대급부 간의 균형을 유지하는 경우라면, 경제력집중 등 경쟁법적 문제는 별론⁸⁸²⁾으로 하더라도 배임죄문제는 발생하지 않을 것이다. 그러나 급부와 반대급부 간 불균형이 발생한 경우에는 특정인에 대한 인위적인 부의 이전수단으로 악용될 수 있고, 이것은 특정인에 이익을 취득시키고 본인에게 손해를 발생시키는 위법행위로서 배임죄 불법의 전형을 구성할 수 있다. 특히 계열회사 간에 수행되는, 급부에 대한 반대급부가 없거나 양자 간에 가치의 불균형이 의도된 이른바 ‘지원성’ 거래는 일응 배임죄의 구성요건요소를 충족하는 것으로 보인다.

그러나 계열사에 대한 일체의 지원성 행위에 임무위배행위성이 긍정되어야 하는가는 의문이다. 이를테면 다른 계열사가 재정상황이 악화된 경우 그 회사의 부도가 지원회사에 끼치는 악영향이 큰 경우에는 지원을 할 것이 오히려 기대된다고 할 여지가 있다. 또한 공정거래법상 지주회사체제⁸⁸³⁾ 하에서, 자회사 지배를 주된 사업으로 하는 지주회사가 자회

882) 경쟁법적 문제는 형법의 주요 관심영역으로 보기 어렵고, 공정거래법 등의 규율대상이라고 할 수 있다.

883) 종래 순환출자 지배구조의 불투명성이 갖는 문제점에 비해 지주회사체제가 갖는 지배구조의 투명성이 상대적으로 부각되어, 1998년 공정거래법 개정으로 지주회사제도가 허용된 이후 지주회사체제로의 전환이 정부에 의하여 적극 권장되었다.

사를 재무적으로 지원하는 거래는 사업목적에 부합하는 행위일 수 있고 그것이 갖는 여러 순기능도 있을 수 있다.⁸⁸⁴⁾ 이에 일체의 계열사 지원 행위가 배임죄로 의율된다고 보는 것은 곤란하다. 지원행위의 태양은 극히 다양하므로, 통상적인 지원행위로서 허용되는 행위와 가벌적인 지원 행위 간의 한계가 판례를 통해서 구체화될 필요가 있다. 일례로 최근 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015도12633 판결은 완전모자회사 간의 하향형 지원성 거래에 대하여 배임죄의 성립을 부정하였는데, 이것이 그와 같은 한계를 제시한 판결인가, 그 한계는 적절한가 등이 논의될 수 있다.

기업집단 내 회사간 지원성 거래에 대한 형사처벌 문제는 외국에서도 논의되고 있다. 주요 각국에서 이 문제는 주로 기업집단에 대한 특수한 형법적 취급과 연관되어 있다. 공통적인 문제는 이러한 현상이 개별 법인격의 독자성을 전제로 하는 기존 법제와 조화되기가 용이하지 않다는 점이다. 기업집단 개념을 승인함으로써 기업집단의 이익이라는 관념을 규범적으로 정당화 할 여지가 발생하지만, 이것은 개별기업의 이익을 상정하여 구축된 기존 제도와 충돌을 일으키기 때문이다. 기업집단에 대한 특수한 법적 취급의 긍정 여부 및 긍정한다면 그 구체적 방법 여하가, 기존 법제도의 틀에서 해결할 것인가 또는 특별한 입법을 마련할 것인가 등과 관련하여 다양하게 제시될 수 있다.

2. 각국의 규율

(1) 독일

독일에서는 별개 법인격을 갖는 여러 회사가 기업집단을 형성하는 경우를 별도로 규율하기 위한 법제인 콘체른(Konzern) 제도에 의해 기업집단 및 계열사 지원행위 문제를 해결하고 있다. 독일 주식법상 콘체른 관련 조항에 의하면 지배회사는 일정한 절차와 요건 하에 종속회사와 지배계약을 체결함으로써 종속회사와 이익공동체를 구성한다. 나아가 지배회사가 종속회사에게 불리한 지시를 하는 것이 허용되고 종속회사가 그러한 지시를 따른 경우 적법성이 인정되므로, 그에 따른 종속회사 이사의

884) 한편 특수한 경우로서 모회사가 100%지분을 보유한 자회사에 대해 재정지원을 하는 경우 자회사의 자산증가는 모회사 지분가치에 반영된다는 점에서 단순히 자산보유형태 변경행위에 불과한 것이라고 볼 여지도 있다.

행위는 의무위반으로 되지 않는다. 한편 독일 주식법은 계약상 콘체른 이외에 사실상 콘체른이라는 형태도 허용하는바, 이 중 계약체결 등 복잡한 절차를 거쳐야 성립하는 전자보다 사실상 지배관계에 기해 성립하는 후자가 더 빈번하게 활용된다고 한다. 그러나 사실상 콘체른에서는 지배기업이 종속회사에게 불이익한 행위를 지시하기 위해서 종속회사의 불이익을 보상해야 한다는 한계가 있다.⁸⁸⁵⁾

계열회사의 지원성 거래에 관하여 배임죄 성부가 문제된 독일의 대표적인 판결로는 앞서 언급한 브레머불칸 사건을 들 수 있다.⁸⁸⁶⁾ 독일 최대 조선회사인 브레머불칸(이하 ‘BV’) 사는 구동독 조선소인 MTW와 VWS를 인수했고 이 두 회사는 유한회사로登記되었다. BV사는 콘체른 내 유동자금의 효율적 활용을 위하여 계열사 자금의 통합관리시스템을 만들어 운용하고 있었는데 위 두 자회사도 BV사의 지시에 따라 참여하였다. BV사는 1996년에 파산신청을 하였는데, 통합관리시스템에 의하여 기업집단에 속한 각각의 은행계좌들의 채권액과 채무액이 상계되어 두 자회사의 자금이 BV사로 지원되는 결과가 되었다. 이에 각 자회사의 채권자인 독일신탁관리공사는 BV사 이사회회장인 피고인을 상대로 민법상 불법행위를 원인으로 하는 손해배상청구의 소를 제기하였고, 형사고소도 병행되어 배임죄로 기소되었다.

민사사건에서 연방대법원⁸⁸⁷⁾은 유한회사의 1인사인 지배회사에게 종속회사의 존립을 위태롭게 하지 않을 주의의무로서 회사채무변제에 필수적인 재산을 유출하지 않을 의무를 인정하고, BV사가 이를 위반했음을 이유로 불법행위 손해배상책임을 긍정하였다. 한편 형사사건에서 연방대법원⁸⁸⁸⁾은 BV사 이사회회장인 피고인에게 배임죄를 인정하였다. ‘회사의 존립을 위태롭게 하지 않을 주의의무’ 개념을 동원한 점은 민사판결과 동일하나 여기서는 민사판결과 달리 지배기업의 지위 또는 통합관리시스템 구축만으로 재산관리의무를 인정하지 않고, 종속회사 채무변제가 곤란할 정도로 자금을 유출하여 이전시킨 사실에서 그 의무를 도출, 인정하여 위반을 긍정하였다.⁸⁸⁹⁾ 다만 이것은 완전모회사에 대한 상향식

885) 독일 주식법(AktG) 제311조 제1항.

886) 구체적으로 완전모자회사간 지원성 거래가 문제되었다.

887) NJW 2001, 3622.

888) NStZ 2004, 559.

지원이 문제된 사안으로서, 콘체른의 요건을 충족하지 못한 경우의 완전 자회사에 대한 하향식 지원이 문제되었다면 달리 판단되었을 가능성도 배제할 수 없다.⁸⁹⁰⁾

(2) 프랑스

프랑스에서도 동일 기업집단 내 서로 다른 회사 간에 한 회사의 이사가 소속회사로 하여금 그 재산으로 다른 회사에게 재정적 지원을 하게 하는 행위는 회사재산남용죄의 구성요건을 전형적으로 충족한다. 제2장에서 보았듯 회사재산남용죄의 객관적 요건 중 행위정형은 ‘사용’이고, 객체 또한 재산, 신용, 권한, 의결권까지 포함하고 있어 구성요건의 포섭 범위가 우리 업무상 배임죄를 압도할 정도로 넓다. 이러한 포괄성이 동죄의 특색이기 때문에 처벌범위를 제한할 필요가 있었고, 별도의 입법이 없는 상태에서 그 역할을 법원이 판결을 통해서 수행하는 방향으로 발전하였다.

로젠블룸(Rozenblum) 판결⁸⁹¹⁾의 사안은 부동산개발 및 건설업을 영위하는 여러 회사 이사를 겸직하는 피고인 M. Rozenblum 등이 다른 사업 분야에 주력하고자 이 회사들의 자금을 자신들이 투자했거나 사실상 임원으로 일하는 다른 기업들(가구판매, 제화업, 여행대리업, 인쇄업 등)의 운용자금으로 사용하여 1977년부터 1980년까지 총 11,500,000프랑을 소비한 행위의 회사재산남용죄 성부가 문제된 것이다. 피고인은 기업집단 내 회사 간 거래로서 정당화된다고 주장하였다. 이에 파기원은 회사재산남용죄의 정당화사유(fait justificatif)⁸⁹²⁾에 관하여 아래와 같이 판시하였다.

889) 사안에서는 종속회사가 유한회사이기 때문에 ‘존립을 위태롭게 하는 침해’의 법리가 동원되고 있으나, 만약 두 완전자회사가 주식회사라면 두 회사에 대한 합당한 보상이 없는 이상 BV사의 행위는 사실상 콘체른에서의 허용범위를 벗어났다고 할 수 있다(독일 주식법 제311조 제1항). 그렇다면 상향식 지원이 문제된 이 사건의 경우에 법인격준별론에 입각한 일반법리에 따라서 배임죄의 의무위반성 및 손해발생이 긍정되었을 것으로 생각된다.

890) 하향식 지원의 경우에는 손해발생 및 의무위반 요건에서 모두 그 충족여부가 명확하지 않을 수 있기 때문에, 반드시 이 판결과 동일하게 판단된다고 단정할 수는 없을 것으로 보인다. 천경훈, “완전모자회사 간의 지원성 거래와 이사의 책임”, 외법논집 제42권 제1호, 2018.2, 23면 및 35면 참조.

891) Crim. 4 février 1985: Bull. crim. 1985, n° 54.

892) 이론적 근거는 후술 제3항 II 참조.

“회사의 사실상 또는 법률상 임원이 그가 직접 또는 간접으로 이해관계를 갖는 같은 기업집단에 소속 기업에 재정 지원을 한 행위에 대한 1966.7.24. 법률 제425조 제4호와 제437조 제3호(회사재산 남용죄)의 적용을 면하기 위해서는, 그 재정적 지원이 기업집단 전체를 위하여 수립된 정책에 비추어 경제적, 사회적 또는 재정적 공동이익을 위하여 수행되었어야 하고, 반대급부를 결여하거나 관련 회사 각각의 부담 상호간의 균형을 깨뜨려서도, 지원을 부담하는 회사의 재정적 능력을 초과하여서도 안 된다.”

파기원의 정당화 요건은 크게 기업집단의 존재에 관한 것과 행위 자체에 관한 것으로 나누어 볼 수 있다. 기업집단의 존재에 관한 요건은 1) 회사들 상호간에 기업집단을 인정할 정도의 자본적 관계가 인정되고 2) 구성회사들 간 공동이익의 존재가 3) 집단 전체를 위하여 수립된 정책에 비추어 인정되어야 한다는 것이다. 다음으로 행위 자체의 요건은 4) 반대급부를 결여하거나 부담의 균형을 깨뜨려서는 안되고, 지원회사의 재정적 능력을 초과해서는 안 된다는 것이다. 파기원은 기업집단의 존재에 관해서 엄격하게 판단하는 반면 부담의 분담 및 반대급부 요건은 판단을 완화하고 있다⁸⁹³⁾. 이 사건에서도 기업집단 존재요건이 충족되지 않아 유죄가 인정되었다. 로젠블룸 판결은 지원 방향을 가리지 않고 적용될 수 있는 법리이나, 실제에서는 모회사가 자회사를 착취하는 상향식 지원 사례가 다수이다.⁸⁹⁴⁾ 한편 인용된 사례가 매우 드물기 때문에⁸⁹⁵⁾ 일종의 현혹적 법리⁸⁹⁶⁾에 불과한 것으로 평가되기도 한다.

(3) 일본

일본의 경우 몇몇 하급심 판례에서 계열사 지원행위의 특별배임죄 성부가 문제된 바 있다. 완전모자회사 관계에서 모회사가 자회사를 지원한

893) “파기원 형사부 1992. 6. 22. 판결에서처럼 반대급여가 극히 미약하거나 허구에 불과한 경우에만 반대급여의 부재를 확신한다.” 정진세, 앞의 글(주 7), 153면.

894) 상향식 지원의 정당화가 인정된 최근사례로 Crim. 6 avril 2016, n° 15-50.150; Rev. Sociétés 2016, 539, note M. E. Boursier. 이와 달리 하향식 지원에 대해 정당화사유가 인용된 사례로, Crim., 18 novembre 2009, n° 09-81.558(W. Jeandidier, 앞의 글, 단락 66에서 재인용).

895) W. Jeandidier, 앞의 글, 단락 66.

896) D. Rebut, 앞의 글, 단락 85.

하향식 지원성 거래에 대해서 모회사 이사에 대해서 특별배임죄 성립을 긍정한 판례가 있는 반면, 모회사를 같이 하는 자회사들 상호간의 수평적 지원행위에 대해서 ‘경영판단의 원칙’에 근거하여 임무위배를 부정함으로써 배임죄 성립을 부정한 판례가 병존한다. 그 외 은행이 재정상황이 좋지 않은 자회사에 대출한 사안도 이른바 모체행책임의 주제하에 논의되고 있다.

우선 하향식 지원성 거래의 사안⁸⁹⁷⁾에서는, 백화점업에 주력하는 기업집단인 D그룹에 소속되어 백화점업을 영위하는 A사 및 그 자회사로서의류업을 영위하는 B사에 있어서, A사의 대표이사 부사장이면서 B사의 대표이사 사장을 겸하는 피고인이, B사가 수년간 해결하지 못한채 방치되어 온 상품가치를 상실한 여성의류 장기재고상품 처리문제를 해결하기 위해 A사로 하여금 B사로부터 총 3억 2000만엔에 위 장기재고품을 매입하게 함으로써 A사에게 동액의 재산상의 손해를 가한 행위에 대해 특별배임죄 성립이 문제되었다. 피고인은 이것은 일반적 거래가 아닌 모회사에 의한 자회사 재무 지원으로서, B의 이익은 장래에 A의 이익에 귀속되는 것이고, 악성재고의 발생에 A사가 원인을 제공한 이상 이를 매입해주는 것이 모회사로서 A의 책무이기도 하므로 A사에 대한 임무위배행위가 될 수 없다고 주장하였다. 이에 대해 법원은 정당한 재정지원은 임무위배행위로 인정되지 않을 수 있음을 긍정하면서도, 정당한 재정지원이 되기 위해서는 ① 모회사에 자회사를 지원할만한 재정적 능력이 있고 ② 자회사가 지원을 필요로 하는 상황이어야 하며, ③ 지원의 필요성 및 지원방법의 타당성 여부 등에 대한 신중한 조사, 검토의 실시 등 절차를 거칠 것이 요구됨을 설시하고, 사안에서 A사는 매출이 감소하고 차입금이 증가한 반면 B사는 차입금이 감소하고 경영상황도 호전되고 있어 조기에 지원을 받아야 할 긴급성과 필요성이 없었고, 결정과정에서 A사의 이사회 승인 및 필요한 조사 검토 없이 B의 전무로부터 요청을 받아 즉시 결정을 내린 사정이 인정되므로, 피고인에게 임무위배행위가 인정된다고 하여 특별배임죄의 유죄를 선고하였다.

다음으로 수평적 지원 사안⁸⁹⁸⁾에서는, 기업집단 내 C사의 자회사 A의

897) 広島地判平成 15. 10. 21.

898) 東京地判平成 21. 9. 18 公刊物未登載(Westlaw japan 文献番号 2009WLJPCA09188017);

대표이사인 피고인이, C사의 다른 자회사 B가 분기 적자결산에 이르는 극도의 경영부진을 겪고 있던 상황에서, B사가 이를 타개하도록 A사로 하여금 B사에게 이익을 공여하게 함으로써 A사에게 손해를 가한 것의 특별배임죄 성부가 문제되었다. 이에 대하여 東京지방법판소는 만일 B사가 도산하면 그룹 전체의 신용문제로 발전하고 A사의 경영에도 악영향을 끼치게 되는바, ① B사의 분기결산이 적자를 기록할 경우에는 향후 은행 대출을 기대할 수 없기 때문에, 같은 그룹에 소속된 A사로서는 B사에게 자금을 제공할 필요성이 매우 높았던 사실 ② A사가 B사에 이익을 공여했음에도 A사는 적자결산에 빠지지 않았다는 사실을 인정하고, 이러한 사실이 있다면 ③ 비록 피고인이 이익공여행위가 A사의 경영에 끼치는 영향을 조사, 검토하지 않은 사실이 인정되더라도 경영판단으로 합리성이 인정된다고 판시하여 임무위배행위 및 특별배임죄 성립을 부정하고 무죄를 선고하였다.

두 판결은 각각 하향식 지원 및 수평적 지원의 사안으로서 지원의 방향을 달리 하고 있음에도, 각 법원의 판시내용을 보면 검토사항에 있어서 공통된 요소가 간취된다. 그것은 ① 지원회사의 재정적 능력 ② 피지원회사의 지원에 대한 필요성 ③ 지원과정에서 조사 및 검토의 수행이다. 하향식 지원의 경우 지원의 효과가 곧바로 모회사에 귀속되는 측면이 있으므로 상향식이나 수평적 지원과 다르게 취급될 여지가 있으나, 상기한 하향식 지원사안에 관한 판결은 이를 고려하고 있지 않다. 다만 판결문에서 손해판단과 관련하여 “100퍼센트 자회사가 아닌 이상” 손해가 인정될 수 있다고 판시하고 있는바 완전자회사에 대해서는 달리 불여지를 남기고 있다. 반면에 수평적 지원의 사안에서는 일본의 법제가 기본적으로 법인격준별론에 입각하여 있음에도 불구하고 자매회사에 대한 재정지원행위에 대하여 임무위배행위 자체를 부정하고 있다는 점에서 주목할 만하다. 또한 금융기관이 아닌 일반 기업간의 거래에 관하여 경영판단의 원칙을 명시적으로 원용하고 있는 것도 특색이다. 다만 이 판결은 지원회사의 재정적 능력이 있고, 피지원회사의 지원 필요성이 절박한 경우에 조사 및 검토 없이도 지원행위가 적법하다고 하는데, 이것이

石川雅俊, “取締役の刑事責任といわゆる経営判断の原則”, 経営論集 第5号, 2017, 19면에서 재인용.

조사 및 검토를 요건에서 배제한 취지인가는 분명하지 않다. 후술하듯 일본에서는 경영판단 원칙의 요건으로 조사 및 검토의 합리성을 요구함이 판례의 일반적 태도인바, 판결의 사안에서는 피지원회사의 급박한 사정으로 인하여 그에 대한 예외를 인정한 것으로 추측된다. 그러나 그러한 판시가 반드시 타당한가는 의문이다.

한편 이른바 모체행책임이 문제된 幸福은행 사건의 항소심⁸⁹⁹⁾에서는, 은행이 자회사를 설립하여 다른 업종을 영위하였으나 경영부진으로 다른 은행에 거액의 채무를 부담하고 부도를 앞둔 상황에 직면하자, 타행에 대한 부채의 금리부담을 경감하고자 자회사의 타행대출금 상환을 위하여 거액을 대출하였으나 회수불능으로 된 사안에서 특별배임죄의 성부를 판단하였다. 법원은 “계열사 OO부동산의 파산이 표면화함으로써 幸福은행도 파산될 가능성이 있었다면 계열사의 파산 처리를 한 경우에 채권자인 각 금융기관이 어떤 대응을 취할 것인가, 그에 대하여 어떤 사전 및 사후대응을 강구하여야 하는가, 또한 자회사를 파산시키지 않고 지원을 계속하여 사업을 계속한다면 幸福은행에 끼치는 피해를 최소한으로 억제하는 방안은 없는가에 대해서 구체적으로 조사, 검토를 충분히 하여야 하며, 그러한 구체적인 조사, 검토를 하지 않은 채 대출에 나간 것은 파산의 표면화를 방지하고 이를 지연시키는 것일 뿐이어서 임무에 위배한 것이다”라고 판시하였다. 이 판결 역시 지원의 필요성(자회사 파산시 행복은행도 파산될 가능성), 지원회사의 재정능력(행복은행에 끼치는 피해), 그에 대한 조사 및 검토의 이행을 요건으로 전제하였다고 볼 수 있다. 다만 결론적으로는 유죄를 인정하였다.

요컨대 일본의 하급심은 계열사 지원행위의 허용여부 판단에서 지원의 급박성 내지 필요성, 지원회사의 재정능력, 조사검토의 이행여부를 고려하고, 이를 총합평가하여 임무위배행위성을 부정하는 입장이라고 할 수 있다. 또한 완전모자회사간 하향식 지원인 경우에는 일반적인 경우보다 임무위배행위가 부정될 가능성이 높을수 있음을 시사하고 있다.

상기한 각국은 모두 법인격준별론을 전제로 하여 법인 단위에서 볼 때 회사재산의 유출을 초래하는 기업집단내 계열회사 간 거래행위에 대하여

899) 大阪高判平成17. 4. 28 (平成15年(う)第842号); 제1심은 大阪地判平成15・3・19 (平成11年(わ)第4952号, 同5401号, 同5646号).

배임죄나 회사재산남용죄의 구성요건이 충족될 수 있음을 전제하면서도, 범죄성부 판단 시 기업집단의 특수성을 고려하는 방안을 마련하고 있다. 독일에서는 별도의 법제를 통해서, 프랑스에서는 판례에 의한 정당화사유 인정을 통해서, 일본에서는 임무위배행위 요건해석을 통해서 이러한 특수성을 고려하고 있다.

3. 검토

(1) 일반적 검토기준

계열회사 지원행위가 언제나 지원회사의 입장에서 손해를 발생하는 임무위배행위가 된다고는 보기 어렵다. 지원회사의 입장에서조차 계열사 지원이 필요한 상황이라면, 지원회사가 재정능력이 허용하는 한도에서 이를 지원하는 것이 지원회사의 의사의 관점에서 볼 때 용인되는 행위의 한계를 벗어났다고 보기 어렵다. 지원의 급박성이 인정되는 상황이라면 더욱 그렇다. 다만 여기에서 지원의 필요성은 본인인 회사의 입장에서 판단되는 것이어야 하며, 배임죄의 보호법익은 본인의 재산보호이므로, 그러한 필요성의 핵심은 회사 입장에서 얻을 수 있는 경제적 효율성⁹⁰⁰⁾의 이익 또는 연쇄부도 방지 등과 같은, 회사의 경제적 이익이나 존립의 이익이어야 한다. 앞서 언급한 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013도2858 판결은 이러한 시각에서 임무위배행위 성립이 부정된 좋은 사례이다.⁹⁰¹⁾ 결국 계열사 지원행위의 임무위배행위 여부는 이러한 지원의 필요성을 중요하게 고려하면서, 지원회사에 끼치는 재정적 영향 그 밖에 전항에서 언급한 회사의 용인가능성 판단을 위한 세부적 요소들을 고려한 총합판단에 의해서 검토되어야 한다.

그러나 특히 경제적 효율성 판단의 경우 그러한 효율의 발생여부는 예측적 판단으로서 불확실하며, 기대한 효율이 없이 지원비용의 낭비로 귀결될 위험이 있는데다, 그 판단에 있어 경제적 관점에서 전문적이고 정

900) 경제적 효율성을 중시하는 관점으로 조성훈, “계열사간 내부거래와 배임”, 선진상사법률연구 통권 제176호, 2016. 10, 111면 이하. 기업집단의 이익은 허구에 불과하고 그 실질은 계열회사를 지배하는 개인의 이익에 있다는 비판을 불식시키기 위해 서라도, 객관적인 경제적 효율성은 더욱 중요해 보인다.

901) 제4장 제3절 제1항 IV. 4. (5) 참조.

책적 판단을 요하는 것이므로, 위험감소를 위한 조사 등 절차를 거치는 것이 중요할 것이다. 일본의 하급심이 지원행위와 관련하여 조사 및 검토절차를 요구하는 것은 같은 관점에 있다고 본다. 이런 측면에서, 계열사 지원행위의 임무위배행위 여부를 판단함에 있어서는 위험감소조치의 이행여부가 중요하게 고려되어야 할 것으로 본다. 특히 효율성 여하의 판단이 용이하지 않은 사례에서는 이러한 절차의 고려여부가 더욱 중요하게 고려되어야 한다. 다만 판례가 그러한 고려를 충분히 하고 있는가는 의문이다.⁹⁰²⁾

(2) 지원방법 및 방향에 따른 개별적 검토 필요성

용인가능성 판단의 세부요소를 구체적으로 검토함에 있어서는 지원방법 및 방향에 따른 차별적 검토의 필요성도 있어 보인다. 계열회사에 대한 지원에는 극히 다양한 방법이 있다. 대법원은 이러한 다양한 유형의 지원행위들에 대해서 임무위배행위성을 인정한 판례들을 다수 내어놓고 있다. 지원방법에 따라 이익취득관련성, 손해발생 관련성, 거래후 끼칠수 있는 영향 등에서 여러 다른 점이 있을 수 있으므로 그러한 차이가 판단시에 반영되어야 한다. 한편 계열회사 간 지원에 관한 최근의 논의에서는 지원의 방향에 따른 차별적 규율 논의도 활발하다. 주로 상향식 지원과 하향식 지원의 구별로 나타나고 있고 특히 완전모자회사간 지원에서 이러한 구별이 의미있다고 본다.

① 지원의 방법

부실계열회사에 대한 지원방법으로는 (i) 상품용역거래나 자산양수도, (ii) 자금대여 또는 채무보증, (iii) 유상증자, (iv) 합병이나 분할합병등이 사용된다. 판례는 이들 모두에 대해 임무위배행위 및 배임죄 성립가능성을 긍정한다. 우선 대법원은 상품용역거래나 자산양수도의 경우에⁹⁰³⁾ 주로 시가 등 적정가액과 실거래가액의 차액을 손해로 인정하고, 이사의 그러한 행위에 대하여 임무위배행위성을 긍정한다. 자산양수도는 보통

902) 예컨대 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015도12633 판결. 같은 점을 지적하는 견해로 임철희, “경영판단과 배임고의 - 그 ‘법리’의 오용, 남용, 무용”, 형사법연구 제30권 제2호, 한국형사법학회, 2018, 280면.

903) 대법원 1990. 6. 8. 선고 89도1417 판결.

일회성 거래로 종결되고, 그에 따라 부실계열회사가 정상화되더라도 그것이 지원회사에까지 이익이 되는 경우가 많지 않다는 점에서 판례의 태도는 합리적이라고 본다.⁹⁰⁴⁾

다음으로 계열회사에 대한 자금대여나 채무보증이 이사의 임무위배행위에 해당하는가 여부에 관하여, 대법원은 원칙적으로 충분한 담보를 제공받는 등 합리적인 자금회수조치를 취했는가 여부를 기준으로 판단한다. 그러나 계열회사가 도산에 직면하여 있는 등 지원을 받아야 할 필요성(급박성)이 인정되고 계열회사가 본인인 회사의 영업에 반드시 필요하여 그 도산이 본인인 회사에 끼치는 직간접적 악영향의 우려가 높은 경우에는, 그러한 요소는 회사의 의사에 판단되는 회사 입장에서의 ‘필요성’에 고려되어, 회사에 의해서 용인가능한 행위로서 허용될 여지가 있다고 보아야 한다. 따라서 단순히 합리적인 자금회수조치를 취했는가 여부를 기준하는 판례의 태도는 타당하다고 보기 어렵다.⁹⁰⁵⁾

반면에 유상증자의 경우 대법원은 채무초과상태에 있는 회사가 발행하는 실질가치가 없는 신주를 인수하는 경우라도 언제나 임무위배행위로 되지 않고, 증자 당시 지원회사의 재정적 부담 정도, 피지원회사의 사업성, 기대투자수익 등 객관적으로 부실계열회사가 희생 가능성이 있었는가 여부를 어느 정도 고려하고 있다.⁹⁰⁶⁾ 합병의 경우에도 대법원은 합병회사가 완전자본잠식 및 부채초과 상태에 있는 계열사인 피합병회사의 흡수합병 여부를 결정함에 있어서 합병으로 인한 긍정적 효과를 면밀히 검토하면서, 이사회나 주주총회에서 충분한 논의절차를 거쳐 합병여부를 결정하여 회사에 재산상 피해가 가지 않도록 할 임무에 위배하였음을 이유로 배임죄 성립을 인정하였다.⁹⁰⁷⁾ 지원회사의 관점에서 유상증자, 합병, 분할, 대출 등은 각 구별되는 장단점이 있으므로, 개별사안별로 그러한 방안을 선택하게 된 경위와 동기, 다른 대안과의 비교 등을 통해서 개별적으로 회사에 의한 용인가능성을 판단되는 것이 타당하다고 본다. 한편 지주회사의 자회사 지원의 경우에는, 지주회사의 목적이 중요하게

904) 서정, “부실계열회사 지원에 대한 이사의 책임”, 상사법연구 제35권 제3호, 2016, 157면.

905) 위의 글, 158면.

906) 문호준·김성민, “부실계열회사의 처리에 관한 법적 쟁점”, BFL 제59호, 서울대학교 금융법센터, 2013, 64-65면.

907) 대법원 2006. 6. 16. 선고 2005도9549 판결.

고려되어야 할 것으로 본다. 따라서 지주회사가 행하는 자회사에 대한 재정적 지원의 경우 회사 관점에서의 용인한계는 확장될 여지가 크다고 할 것이다.

② 지원의 방향

우선 모회사가 자회사를 지원하는 하향식 지원과 그 역인 상향식 지원 간에는 지원행위가 회사에 손해를 발생할 가능성을 달리한다는 점에 주목하여 배임죄 성부에 관하여 양자를 구별하려는 논의가 제시된다.⁹⁰⁸⁾

1) 하향식 지원의 경우 지원의 결과가 모회사가 보유한 자회사 지분에 비례하여 모회사 재산가치에 반영되는 특징이 지적된다. 즉 모회사에서는 지원된 자산만큼의 재산가치가 유출되어 감소하였지만 그것이 자회사에 유입됨으로써 모회사가 보유한 자회사의 지분가치가 증가되므로, 모회사 입장에서 볼 때 자회사 지원행위의 재산적 효과는 자산보유형태의 변경(현금이나 현물로 보유하는가 아니면 자회사 주식의 가치를 증대하는가)에 불과하다는 것이다. 특히 완전모자회사 간의 하향식 지원행위에서 그러하다. 따라서 완전모자회사 간의 하향식 지원행위의 경우에는 모회사에 손해발생 가능성이 없는 자산보유형태 변경행위에 불과하므로, 임무위배행위가 되지 않는다고 할 수 있다.

다만 하향식 지원에서 완전모자관계가 아닌 경우에는 지분법평가이익 중 모회사에 귀속되지 않는 부분이 있고, 완전모자관계인 때에도 모회사 채권자가 불이익을 받는 면이 있다. 즉 자산보유형태가 현금 기타 자산에서 완전자회사에 대한 지분으로 바뀌는바, 지분은 환가가 어렵고 완전자회사의 채권자보다 구조적으로 후순위(structural subordination)이다.⁹⁰⁹⁾ 그 결과 자회사 도산시 모회사 채권자들이 불이익을 입게 된다. 우리 상법 제401조의 규정상 이사의 임무내용에 채권자 이익이 고려될 수 있는 형태임을 전면 부정하기는 어렵다. 그러나 배임죄의 임무위배 판단에서 중요한 것은 회사의 관점에서 사업목적 및 앞서 용인가능성의 판단기준으로 제시된 제반 요소들을 총합하여 판단되는, 회사의 용인가능성이다. 예컨대 지주회사의 경우는 자회사의 지배관리 자체가 회사의 목적이기에

908) 예컨대 천경훈, “완전모자회사 간의 지원성 거래와 이사의 책임”, 외법논집 제42권 제1호, 2018. 2, 9-39면.

909) 위의 글, 35면.

지주회사가 자회사를 지원함으로써 인하여 발생하는 재산상 위험은 허용된 위험으로서 임무위배가 부정된다고 볼 여지가 있을 것이다.

2) 반대로 상향식 지원의 경우에는 지원행위에 따른 자회사 재산유출이 자회사에 손해를 발생하고 자회사가 입은 손해를 상쇄할 다른 유인이 없기 때문에 배임죄가 성립한다는 점에 큰 의문이 제기되지 않는 것 같다. 상향식 지원의 경우에도 완전모자회사간의 상향식 지원은 모회사 입장에서 자회사 재산감소에 따라 보유지분의 가치가 감소하여, 우리 배임죄의 요건에서 요구되는, 제3자인 모회사의 재산상 ‘이익’ 취득이 상쇄되는 면이 있으므로, 임무위배행위가 되지 않는다고 볼 여지도 없지는 않다. 다만 상향식 지원은 하향식에 비해서 기업지배구조의 정점에 있는 특정인 등에 의해서 자회사의 재산을 빨아들이는 사익편취 수단으로 악용될 수 있는 등 부작용이 적지 않다는 점에서도, 상향식 지원행위에 대해서 임무위배행위성을 보다 용이하게 긍정하는 해석은 결론적으로 지지될 수 있을 것으로 본다.⁹¹⁰⁾

III. 위법행위 (뇌물공여 등 불법적 이익제공)

1. 서설

회사는 설립, 사업 영위, 소멸의 전 과정에서 온갖 규제에 직면하며, 그 대부분은 회사의 과도한 영리추구와 무분별한 경쟁이 시장과 사회에 야기할 수 있는 폐해를 방지하는데 기여한다. 그러나 회사 입장에서 규제에의 대응은 곧 비용을 의미하므로 가능한 한 이를 회피하려는 유인이 상존하며 그러한 의미에서 뇌물이나 부정한 이익의 제공은 유혹적 선택지의 하나일 수 있다. 따라서 우리나라를 포함한 세계 각국은 이사가 기업활동에 수반하여 뇌물 등을 제공하는 행위의 효과적인 억제를 위하여 다양한 법적 수단을 동원하고 있다.

우리의 경우에도 뇌물을 공여한 이사와 이를 받은 공무원은 중죄 및

910) 배임죄의 손익판단에서 개별회사가 아닌 기업집단을 기준으로 하여야 한다는 상법학계의 견해로 천경훈, “기업집단법제에 관한 연구 -기업집단 소속회사의 손익판단을 중심으로”, 기업법연구 제29권 제3호, 2015.9, 39-71면. 다만 손익판단에서 특히 기업집단이이익이 개별기업에 끼치는 이익액 산정의 난점을 고려하면, 본고에서 주장하였듯 임무위배행위 판단에서 개별기업의 ‘용인가능성’ 기준으로 이를 고려하는 것이 타당하다고 본다.

수뢰죄로 처벌될 수 있을 것이지만 더하여 배임죄도 그 수단으로 활용될 수 있는가가 문제된다. 준법경영이 강조되는 흐름속에서 이사에게 위법 행위를 할 재량이 없다는 입장이 있는가 하면, 뇌물범죄 입증이 쉽지 않은 상황에서 형사정책적 필요에 의해 배임죄를 활용하려는 입장도 있다. 해결의 실마리를 얻기 위한 단초로 각국의 입장을 검토하여 본다.

2. 각국의 규율

(1) 독일

독일 배임죄의 구성요건적 행위인 ‘의무위반’과 관련하여, 회사재산을 사용한 이사의 뇌물 등 불법이익의 제공행위가 문제된 일련의 판례들은 기본적으로 그러한 행위의 의무위반성을 긍정하는 입장이다.

우선 1974년에 축구 분데스리가 1부리그 소속 축구클럽의 회장이 성적 부진으로 팀이 2부리그로 강등되는 사태를 회피하고자 클럽 자금을 상대 클럽 선수들에 살포하여 매수한 승부조작 스캔들과 관련하여 클럽 회장의 배임죄 성부가 문제된 분데스리가 스캔들사건 판결⁹¹¹⁾에서, 연방대법원은 그러한 행위에 대해서 배임죄의 의무위반성을 긍정하면서도, 경제적 관점에서 불법이익을 살포하여 승리함으로써 2부리그 강등을 회피할 경우 그에 따른 이익이 불법이익 제공에 따른 금원소모보다 훨씬 큰 이상 재산상 손해발생이 인정될 수 없어 배임죄가 성립하지 않는다고 판단했다.⁹¹²⁾ 미수처벌규정이 있었다면 배임죄의 미수가 성립하였을 것이다.

또한 Siemens 주식회사의 이사가 노조 내 선거와 관련하여 지원대상자 목록을 작성, 지원하고, 지원받은 근로자 다수가 당선됨으로써 노사협상 타결을 유도하여 큰 경제적 이익을 얻은 사안에서, 노동조직법(BetrVG) 제119조 1항 위반에 기하여 배임죄의 의무위반을 인정한 원심에 대해,

911) NJW 1975, 1234.

912) 배임죄의 손해 판단이 행위자의 의무위반이 없는 경우 있었을 재산상태와 의무위반의 결과 발생된 재산상태의 비교에 의한다는 법리 하에 사안에서 후자가 훨씬 크기 때문에 손해가 부정된다고 판시하고 있다. 이와 달리 이종상, “회사와 관련된 배임죄 적용상 문제점에 대한 연구”, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문, 2010, 255면은 임무위배를 논하면서 이 판결이 배임죄를 부정하였다고 소개하나, 이 판결은 행위자인 이사의 의무위반을 긍정하되 손해를 부정하여 (미수처벌규정이 없는 독일에서) 결과적으로 배임죄 성립이 부정된 것이므로, 의무위반 자체가 성립하지 않는 사안과 구별될 필요가 있다. 특히 미수를 벌하는 우리 배임죄와 연관시켜 검토할 때에는 더욱 그러하다.

연방대법원⁹¹³⁾은 원심의 논리를 배척하면서도 주식법 제93조 등에 따른 선관주의의무 등 위반을 인정하여 배임죄의 의무위반을 긍정하였다. 이 사안에서도 손해발생이 부정된 결과 배임죄 성립이 부정되었는데, 미수 처벌규정이 있었다면 배임죄의 미수가 성립할 수 있을 것이다.⁹¹⁴⁾

(2) 프랑스

프랑스에서 종래 이에 관한 판례의 입장은 일관되지 않았으나 최근에는 회사재산을 뇌물제공 등 위법행위에 사용한 사안에서 회사재산남용죄의 성립을 긍정하는 경향이다. 판례를 살펴보면, 회사의 대표이사가 소재지인 Seine-Saint-Denis 내 소도시 시장에게 회사재산으로 뇌물을 건넨 사안이 문제된 1992년 Carpaye판결⁹¹⁵⁾에서 파기원은 회사재산남용죄의 유죄판결을 선고한 원심⁹¹⁶⁾에 대한 피고인의 상고를 기각하면서, 회사재산이 불법적 행위에 사용된 경우 그 사용은 필연적으로 남용으로 되고 회사를 위해 사용되었는가와 관계없이 동 죄가 성립한다고 판시하였다.

반면에 파기원은 1997년 2월의 Noir-Botton판결⁹¹⁷⁾에서는, 회사의 대표이사가 회사가 국가에 대해 부담하는 채무를 삭감받고자 브로커에게 장관에게 제공할 뇌물을 건넨 사안에 관하여, 그것이 사적 목적이 아닌 회사의 이익을 위한 것이므로 대표이사에 유죄를 선고한 원심판결⁹¹⁸⁾이 위법하다고 판시함으로써 일견 사용의 목적을 중시하는 태도를 보였다.

그러나 Noir-Botton판결보다 불과 8개월여 뒤 선고된 Carignon판결⁹¹⁹⁾에서 판례는 과거 Carpaye판결의 입장으로 회귀하였다. 이 판결은 두 개의 기업집단을 거느린 총수가 그레노블 시 수도공급 사업권에 대한 승인을 얻기 위해서 회사자금 3,100만 프랑을 사용하여 그레노블 시장에게 파리

913) BGH NJW 2011, 88, 91.

914) 한편 이른바 폴크스바겐 사안에서는 주식회사의 근로자이사가 사측을 위하여 노조를 회유하고자 회사재산으로 노조 간부들에게 특별보너스 지급 명목으로 불법적 이익을 제공한 것의 배임죄 성부가 문제되었다. 연방대법원은 노동조직법(BetrVG) 제119조 제1항의 의무가 배임죄의 의무와 보호목적 관련성이 없음을 들어 의무위반성을 부정하였으나, 이것은 본문의 Siemens판결 이전의 사안으로서 Siemens판결에서 보다 논의를 진전하였다고 볼 여지가 있다.

915) Crim. 22 avril 1992, n° 90-85.125.

916) CA Saint-Denis-de-la-Réunion, 26 juillet 1990.

917) Crim. 6 février 1997, n° 96-80.615.

918) CA Lyon, 10 janvier 1996.

919) Crim. 27 octobre 1997, n° 96-83.698.

시내에 주택을 제공하고 수회의 에어택시 및 지중해 크루즈여행을 보내는데 사용한 사안에 관한 것이었다. 파기원은 뇌물의 사용이 주는 단기적 이익이 무엇이든 간에 회사자금을 범죄의 목적으로 사용하는 것은 회사 자체나 그 대표를 형사처벌 또는 세무상의 제재라는 비정상적 위협에 노출시키고 그 신용과 평판을 침해하여 필연적으로 회사의 이익에 반한다고 하면서 피고인에게 회사재산남용죄의 유죄를 선고하였다. 이 판결의 설시는 몇몇 예외적인 판결⁹²⁰⁾을 제외하고 후속 판결에서 반복하여 인용⁹²¹⁾되고 있다. 이에 대해서는 회사의 목적과 회사의 이익을 혼동했다⁹²²⁾거나 ‘사적인 이익’ 요건이 무시되었다⁹²³⁾는 학계의 비판이 제기되나, 경영자가 추구하는 가치 간의 위계를 정립하여 경영자의 행동한계를 제시한다는 점에서 판례를 지지하는 견해⁹²⁴⁾도 유력하다.

비교적 최근인 2007년 선고된 이른바 Elf사건 판결⁹²⁵⁾에서는 형사처벌 등의 비정상적 위협에 관한 설시 없이, 회사재산으로 비자금을 조성하고 뇌물로 공여한 행위가 회사를 곤궁하게 하였으며 그러한 자금이 필연적으로 이사 등의 사적 이익을 위하여 사용되었음이 인정⁹²⁶⁾된다고 판시하여 회사재산남용죄의 성립을 인정하였다. 이것은 뇌물공여로 기대할 수

920) Crim. 14 mai 2003, n° 02-81.217(건설회사 대표가 일련의 사업계획 추진을 위해 선거적 지역대표와 지역 건설경제학자에게 회사재산으로 이익을 제공한 것이 문제된 사안으로서 원심은 회사의 이익으로 사용된 사실을 인정하여 무죄를 선고하였으나, 파기원은 사용행위에 사적인 이익과 회사의 이익을 위한 성격이 병존할 수 있음을 인정하는 전제에서 사적 이익을 위한 사용으로 인정된다고 하여 회사재산남용죄가 성립한다고 판시하였다.).

921) Crim. 10 mars 2004, n° 03-81.282; Crim. 22 septembre 2004, n° 03-81.382; Crim. 21 septembre 2005, n° 04-87.682; Crim. 19 septembre 2007, n° 07-80.533.; D. Rebut, 앞의 글, 단락 77에서 재인용(La jurisprudence avait répété la solution de l'arrêt Carignon).

922) B. Boulloc, 앞의 글, 단락 93.

923) 위의 글, 단락 95 (“Il est à souhaiter que la Cour de cassation fasse une meilleure lecture des dispositions légales concernant la définition de l'abus de biens sociaux.” ; D. Rebut, 앞의 글, 단락 59 및 151 (la jurisprudence qui a au contraire très largement dilué la notion d'intérêt personnel.).

924) W. Jeandidier, 앞의 글, 단락 58 (Il faut souhaiter que la Cour de cassation ne renie pas sa jurisprudence Carpaye-Carignon, garante non seulement du strict respect des qualifications pénales, mais encore de la seule vraie hiérarchie des valeurs).

925) Cass. crim., 31 janvier 2007, n° 02-85.089, n° 05-82.671., Rev. sociétés 2007, 379, note B. Boulloc.

926) 이처럼 뇌물제공 사건에서 ‘사적 이익’ 요건의 충족을 당연히 인정하는 파기원의 판례는 사적 이익 개념을 넓게 인정하는 전제에 있다. 즉 이사 등의 뇌물제공으로 인하여 이사와 뇌물을 받은 자 사이에 확보되는 인적 관계의 형성과 같은 무형의 이익을 회사재산남용죄의 요건인 사적 이익으로 인정한다.

있는 이익을 고려하지 않은 점, 그리고 사적 이익 요건을 희석하고 있는 점에서, 앞선 Carignon판결과 비교할 때 표현상의 차이에 불구하고 실질적인 내용은 다르지 않다고 할 수 있다.

파기원은 2008년 이른바 *Olympique de Marseille*판결⁹²⁷⁾에서, 축구클럽 이사가 특정선수 영입을 위해 클럽 자금으로 은밀한 이면보수를 지급한 행위가 클럽에 ‘형사처벌 및 세무제재의 비정상적 위험’을 초래했음을 들어 회사재산남용죄 성립을 인정하였다. 이로써 파기원은 동 죄의 객관적 요건으로서 회사재산의 사용이 ‘회사의 이익에 반’하는가 여부 판단에서 고려되는 ‘비정상적 위험’에 법적 제재위험까지 포함시키는 법리를 포기하지 않았음을 분명히 하고 있다.

(3) 일본

일본에서 회사재산으로 뇌물을 공여하는 행위에 대한 판례는 주로 업무상 횡령죄 또는 배임죄에 관한 것들이다. 이른바 八幡製鐵獻金사건에서 최고재판소⁹²⁸⁾는 이사의 정치자금 기부가 회사의 규모, 경영실적, 사회경제적 지위, 기부의 상대방 등 제반사정을 고려하여 합리적 범위 내에서 행하는 한 이사의 충실의무⁹²⁹⁾에 위반되지 않는다고 판시하면서 사안에서 정당에 정치자금을 기부한 이사의 손해배상책임을 부정하였다. 이에 학설 중에는 뇌물공여 역시 정치자금 기부와 동일하게 볼 수 있다는 견해⁹³⁰⁾가 주장된다. 그러나 이러한 입장에 대해서는 뇌물공여 자체로 회사에 대한 횡령죄나 배임죄⁹³¹⁾가 성립한다는 반론도 제기된다.

상기 판결에서 민사책임이 문제된 반면, 보다 앞선 최고재판소 판결⁹³²⁾에서는 법률에 의하여 처분이 금지된 자금을 제3자에게 대출한 사

927) *Crim*, 22 août 2008, n°07-88.111.

928) 最決昭和 45. 6. 24 民集 24卷 6号 625.

929) 동 판결은 당시 일본상법 254조의2에 정한 이사의 충실의무 규정이 선관주의의무를 부여하는 것에 그친다고 판시하였다.

930) 永野義一, 企業犯罪と捜査, 警察時報社, 1992, 56면(西田典之, “金融業務と刑事法”, 有斐閣, 1997, 198면에서 재인용).

931) 藤木英雄, 經濟取引と犯罪, 1965, 219-221면은 횡령죄의 불법영득의사가 부정될 수 있다는 입장이나, 배임죄의 요건에 대한 견해는 분명하지 않다. 특히 이 책 218면은 “이러한 지출은 법령에 위반하고, 또한 정관에 적합하다고도 말할 수 없고, 그 의미에서 임무위배의 혐의를 발생시키고, 또한 회사에게 일방적인 지출을 시키는 것이기 때문에...배임죄의 구성요건을 충족하는 의심이 있”다고 하는바, 배임죄의 임무위배행위는 인정된다는 입장으로 볼 여지가 있다.

안에서 소유자에게도 허락되지 않은 처분행위로서 권한을 초과한 것이기 때문에 횡령죄가 성립한다고 판시하였는데, 배임죄 성립을 긍정하는 견해는 이 판결을 들면서, 이사의 증뢰 또한 본인인 회사가 행할 수 없는 행위이기 때문에 달리 볼 이유가 없다는 논리를 전개한다.

이와 관련하여 ‘본인인 회사도 할 수 없는 행위’로서 공서양속에 위반된 행위가 문제된 판결이 있어 주목된다. 동경지방법재판소 平成 5년 9월 16일 판결은⁹³²⁾ 주주대표소송에 관한 민사판결이기는 하나, 독점금지법에 위반한 회사재산 지출로 회사에 발생하는 손해는 그것이 초래할 반대이익을 고려하여 평가되어야 하는 반면, 증뢰행위는 공서양속에 반하여 허용되지 않는 것이기 때문에 그로써 초래될 회사의 이익은 고려되지 않고 지출액 자체가 곧바로 회사에 발생한 손해라고 명시적으로 판시하고 있다. 이 입장을 형사판결에 관철하는 경우에는 배임죄나 횡령죄의 요건 충족을 긍정할 수 있을 것이다.

또한 회사의 이사인 피고가 지방자치단체로부터 그 지자체가 관리하는 시설의 신축공사를 수주하기 위하여 지방자치단체의 장에게 공사발주에 정가격을 가르쳐 줄 것을 청탁하면서 현금 1,400만엔의 뇌물을 제공한 사안에서, 판례⁹³⁴⁾는 ‘회사가 그 기업활동을 행하는 데 있어서 법령을 준수해야 함은 말할 것도 없지만, 특히 증뢰처럼 반사회성이 강한 형법상의 범죄를 영업수단으로 하는 것은 일반적으로 허용되지 않는 것이다. 그에 의하여 회사에 이익을 가져온다든지, 관습화되었고 동종업체들이 하고 있기 때문에 증뢰하지 않으면 일할 수 없다는 우려를 이유로 영업활동으로서의 증뢰행위가 정당화될 수 없다. 따라서 증뢰행위는 예컨대 회사의 업적향상에 도움되고 회사를 위한 영업활동 일환이라는 의식하에 행하였더라도 정관목적범위 내의 행위라고 인정될 여지는 없고 이사의 정당한 업무집행 권한을 일탈한 것이며, 또한 증뢰행위를 금지하는 형법규범은 이사가 업무집행에 따라야 할 법규의 일환으로서 상법 266조 1항 5호⁹³⁵⁾의 법령에 해당한다고 판시한바 있다.

932) 最決昭和 34. 2. 13 刑集 13卷 2号 101.

933) 東京地裁平成 5. 9. 16 民集 54卷 6号 1798(이른바 ‘노무라증권 손실보전 주주대표소송사건’).

934) 東京地判平成 6. 12. 22.

935) 법령 또는 정관의 위반행위를 한 때의 임무해태책임을 정한 조항이다.

다만 최고재판소는 國際航業사의 경리부장으로 동 사 비자금을 관리하는 이사인 피고인이 투기집단이 자사 주식을 매집하는 것에 대항하여 제 3자에게 위 매집행위를 방해하도록 의뢰하면서 그가 관리하는 비자금을 그 보수 및 필요자금으로 지출한 행위의 횡령죄 성부가 문제된 이른바 國際航業사건의 상고심판결⁹³⁶⁾에서, 원심판결⁹³⁷⁾과 달리 단지 회사 스스로도 행할 수 없는 위법거래를 행하였다는 이유만으로는 곧바로 불법영득의사가 인정되지 않는다고 판시하여⁹³⁸⁾ 1959년 최고재판소 판결과 다 소 다른 입장을 취하고 있다.⁹³⁹⁾

일본의 학설은 이처럼 횡령죄의 불법영득의사가 부정된 경우에 배임죄 성부가 검토될 수 있다고 한다.⁹⁴⁰⁾ 이에 대해 일부 학설은 만약 이사의 뇌물제공 같은 위법행위에 대해 회사도 행할 수 없음을 이유로 배임죄를 인정하면 일체의 법령위반행위에 대해 배임죄를 인정하여야 하는바, 주주에 대한 이익공여죄 등 도리가해목적 없는 이사의 법령위반 일체에 대해 배임죄를 함께 인정해야 한다는 결론이 되어 부당하다고 주장한

936) 最決平成 13. 11. 5. 刑集第55卷6号546.

937) 제1심(東京地判平成 6. 6. 7. 판례시보 1536호 122)은 피고인의 행위는 오직 위탁자 본인을 위하여 행한 것이고 불법영득의 의사가 결여되어 있어 위탁관계의 보호를 목적으로 하는 횡령죄의 본질에 의할 때 업무상횡령죄가 성립할 수 없다고 판시하였다. 반면에 항소심(東京고등平成 8. 2. 26 판결 판례타임즈 904호 216)은 피고인의 행위가 오직 회사를 위한 것으로서 불법영득의 의사가 부정되는가에 관하여, 지출행위가 위법하여 회사 자체도 행할 수 없는 것인 때에는 오직 회사를 위한 행위라고 할 수 없고 상대방 등을 위하여 한 행위이기 때문에 지출행위가 회사 스스로는 행할 수 있는 것인가라는 관점에서도 검토할 필요가 있는바, 위 주식매입은 자기주식취득금지규정에 명백히 위반하고 사용된 공작수단도 부당 또는 위법한 것이므로 회사 본인도 할 수 없는 행위라고 판시하여 불법영득의 의사를 긍정, 업무상횡령죄가 성립한다고 판시하였다.

938) 다만 다른 사정들, 즉 지출금액이 고액(11억7000만엔) 인 점, 상대방과 공작행위의 구체적 내용 등에 대해 조사하거나 결과보고를 요구한 흔적이 없는 점, 자기의 약점을 숨기려는 의도가 있었던 점 등을 고려할 때 불법영득의 의사가 있었다고 보아 결론적으로는 업무상횡령죄의 성립을 인정하였다.

939) 이에 대해 이사가 회사 본인도 할 수 없는 행위를 하였기 때문에 횡령죄가 성립한다는 논리는 횡령행위의 성질에 대한 월권행위설의 입장에 가까운 것으로, 항소심을 배척한 國際航業사건 상고심의 태도는 월권행위설을 배척하고 영득행위설을 분명히 한 판시로 평가 수 있다는 견해가 보인다. 芝原邦爾, “会社財産の不正支出と業務上横領罪・特別背任罪”, 法学教室 1994년 4月号(No.163), 89면.

940) 芝原邦爾, “会社財産の不正支出と業務上横領罪・特別背任罪”, 法学教室 1994년 4月号(No.163), 89면.

다.⁹⁴¹⁾ 이 견해는 배임행위성을 부정하거나 도리가해목적이 없다고 하게 될 것인데, 구체적으로 어떤 입장인가를 명확히 제시하고 있지 않다.

그리고 이 견해는, 앞서 단순한 법령위반행위와 뇌물제공 같은 공서양속위반행위를 구별하여 판단하는 동경지방법판소 平成5년 9월 16일판결의 실시 및 이를 지지하는 견해에 대해서는 별다른 설득력 있는 반박논리를 제시하였다고 보기 어렵다.

3. 우리의 논의

우리 판례는 종래 “임무에 위배하는 행위라 함은 처리하는 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대하는 행위를 함으로써 본인과 사이의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 포함하는 것으로 그러한 행위가 법률상 유효한가 여부는 따져볼 필요가 없고, 행위자가 가사 본인을 위한다는 의사를 가지고 행위를 하였다고 하더라도 그 목적과 취지가 법령이나 사회상규에 위반된 위법한 행위로서 용인할 수 없는 경우에는 그 행위의 결과가 일부 본인을 위하는 측면이 있다고 하더라도 이는 본인과의 신임관계를 저버리는 행위로서 배임죄의 성립을 인정함에 영향이 없”⁹⁴²⁾ 라고 판시⁹⁴²⁾하여, 위법행위 일반에 대하여 그것이 행위자나 제3자의 이익취득 및 본인에 대한 손해를 발생한 때에는 임무위배 및 배임의 고의를 인정하여 배임죄 성립을 긍정하였다.

그러나 최근 들어 판례의 태도에 큰 변화가 보인다. 대법원은 건설회사의 임원이 대규모 재개발사업의 시공사로 선정되기 위해서 정비용역업체의 대표이사에게 뇌물을 공여한 행위에 대하여 예비적으로⁹⁴³⁾ 업무상배임죄 의율이 문제된 사안에서, 건설회사 입장에서는 막대한 수익을 얻을 수 있는 시공사로 선정되는 것 자체가 경제적 이익이라고 볼 수 있고, 뇌물을 제공하지 않을 경우 지출되었어야 할 홍보비용 지출이 절약

941) 위의 글, 89면.

942) 대법원 2004. 7.22 선고 2003도3524 판결 등. 대법원 2003도3524 판결은 실질적으로 1인에 대한 대출임에도 수인명의로 대출하여 상호신용금고법상 동일인 대출한도 제한규정을 위반한 대출행위의 업무상배임죄 성부가 문제된 사안이었다.

943) 주된 공소사실은 업무상횡령죄, 예비적 공소사실은 업무상배임죄로 각 기소되었다.

되었다는 점 등을 들어 재산상의 손해 및 배임의 고의가 없다는 이유로 무죄를 선고한 원심판결⁹⁴⁴⁾을 확정하였다.⁹⁴⁵⁾

또한 대법원은 국내회사의 부사장과 중국 현지공장의 사장을 겸직하는 피고인이 중국 당국으로부터 공장부지에 대한 토지허가증을 취득하는 업무를 추진함에 있어서 중국 공무원들에게 속칭 ‘관시’ 등 로비자금의 지불을 위해 사채를 차용하고 로비명목으로 거액의 자금을 지불하였다는 공소사실에 대해 업무상배임죄의 성부가 문제된 사안에서, 피고인들의 행위에 대해 피해자 회사 및 국내 본사 경영진의 지시 또는 동의가 있었던 것으로 보이는 점 등을 들어 임무위배행위, 고의 및 손해발생의 위험이 있었다고 하기 어렵다는 이유로 피고인에게 무죄를 선고한 원심판결⁹⁴⁶⁾을 확정하였다.⁹⁴⁷⁾

4. 점 토

(1) 임무위배행위성의 긍정

우선 뇌물의 지급은 그 자체로 상대방에 이익을 취득하게 하고 회사 재산을 감소시키며 현행법에 위반하는 행위이기 때문에 임무위배행위성을 인정할 소지가 높다. 법령은 이사의 업무상 결정재량을 한계짓는 가장 강력한 행위규범이므로 이사와 회사 간에 법령위반행위를 행하여서는 안된다는 사실상 신뢰관계가 인정된다고 볼 여지가 있고, 사내 컴플라이언스 관련 규정이 뇌물수수를 금지하는 경우는 더욱 그러하다. 뇌물공여⁹⁴⁸⁾는 언제나 현실적인 재산지출과 결부되어 있다는 점도 핵심이다. 이와 달리 이사가 회사를 위해서 뇌물을 제공할 수 있는 재량을 갖는다고 해석하는 것은 이사가 회사를 대리하는 점, 특히 대표이사인 때에는 회사를 대표함을 고려할 때 법이 회사라는 법인격 자체를 범죄자로 만드는 결과⁹⁴⁹⁾를 초래한다.

944) 서울고등법원 2014.2.7. 선고 2013노2587 판결.

945) 대법원 2014. 10. 27. 선고 2014도2592 판결.

946) 인천지방법원 2015. 1. 23. 선고 2014노4055 판결.

947) 대법원 2018. 10. 25. 선고 2015도2560 판결.증뢰행위는 공서양속에 반하여 허용되지 않는 것이기 때문에 그로써 초래될 회사의 이익은 고려되지 않고 지출액 자체가 곧 바로 회사에 발생한 손해라고 명시적으로 판시하고 있다.

948) 요구 및 약속도 결국에는 수수행위에 의한 현실적인 재산의 지출을 예정한다.

앞서 보았듯 독일연방대법원 역시 회사재산으로 불법적 이익을 제공한 사안에서 배임죄의 의무위반을 긍정하고 있고, 프랑스 파기원도 회사재산의 사용이 회사의 이익에 반하는 경우 즉 허용되지 않는 위험을 창출하는 경우의 의미에 법적 제재의 위험을 포함하여 뇌물제공을 회사재산 남용죄로 처벌한다. 나아가 미국에서도 뇌물이나 리베이트의 제공은 Honest service fraud로 처벌되는 가장 전형적인 사례로 거론된다. 이렇듯 이사의 뇌물제공행위는 비교법적으로도 임무위배행위성이 널리 인정되고 있다.

한편 위와 같은 규범적 접근이 부당하다는 입장에 서더라도, 뇌물지급 즉시 본인인 회사의 재산이 감소하는 반면 뇌물공여에 대한 반대급부는 실제로 제공될 것인가 알 수 없는 불확실한 기대이익에 불과하므로, 뇌물제공이 일종의 미래예측적 투자로서 회사에 대한 임무의 수행으로 인정되려면 미래예측적 결정에 있어서 요구되는 위험감소절차를 거쳐야 할 것이다. 결국 뇌물이 사내에서 이러한 정보수집, 조사, 분석, 평가 및 반영 등 합리적인 위험감소절차를 거쳐서 뇌물의 기대손익을 충분히 검토한 연후에 그 결과에 따라서 제공되는 경우가 아닌 한 그것이 회사에 발생시키는 즉각적인 손해를 정당화하기 어렵기 때문에, 뇌물제공 행위의 임무위배성은 긍정된다고 할 것이다.

(2) 배임죄의 보호법익과 관계 : 전체재산

한편 이에 대해서는 회사재산의 감소여부는 뇌물에 의해 회사가 얻을 수 있는 이익도 고려해야 한다는 비판이 있을 수 있다.

우선 사실적 측면에서 보면, 이익에 의한 상쇄는 뇌물제공 또는 그 약속을 통하여 예상되는 이익이 실제로 이행된다는 가능성을 전제로 하나, 그러한 약정이 공서양속에 반하여 그 이행이 법적으로 강제될 수 없는 이상 행위시 기준으로 이익상쇄에 대한 기대는 극히 막연한 것에 불과하다.

또한 전체재산설과의 관계에서 앞선 동경지방법재판소平成 5년 9월 16일 판결은 적지 않은 시사점을 준다. 동 판결은 증뢰행위는 공서양속에

949) 이상돈, “배임죄 해석론의 세 가지 지평 - 정책, 해석, 이론”, 한국형사법의 전망: 심은김일수교수정년기념논문집, 문형사, 2011, 30면.

반하여 허용되지 않는 것이기에 이 경우 이익에 의한 상쇄를 고려하지 않고 뇌물로 지출된 금액이 곧바로 손해로 판단된다는 법리를 실시하였는데, 이것이 최고재판소에서 부정되지 않은 점은 극히 주목된다.⁹⁵⁰⁾ 증수되는 형법의 범죄중에서도 가장 전형적인 불법성을 띠는 것으로 공서양속에 반함에 의문이 없다. 이러한 행위를 통한 이익취득의 가능성을 고려하는 것은 형법이 금지하는 범죄행위인 증수위행위를 스스로 정당화하는 결과를 낳을 수 있다. 일본최고재판소가 동 판결의 보충의견에서 “손익을 상쇄하는 것이 사회적으로 정당시될 수 없는 경우가 있을 것이다”라고 판시한 부분은 이를 지적하고 있다. 다만 전체재산을 경제적 관점이 아닌 법률적 관점으로 판단하게 되는 문제가 발생하므로 이러한 고려는 중대한 범죄에 한하여야 하고, 뇌물제공과 반대이익의 인과관계가 멀다는 점이 보다 중시되어야 할 것이다.⁹⁵¹⁾

제3항 이른바 경영판단원칙에 대한 검토

I. 경영판단원칙의 의의

경영판단의 원칙에 대해서는 종래 도입여부나 해석상 인정여부에 관한 논의가 활발하게 진행되어 왔다. 그러나 논의의 전제로서 동 원칙의 의

950) 위 東京地判의 상고심인 最決平成 12. 7. 7 판결(民集第54卷6号1767) 중 재판관 河合伸一の 보충의견에서 대상 내용을 인용하면 다음과 같다 ; “たとえば、いわゆる損益相殺である。取締役の本規定該当の行為によって会社が損害を被ったが、同時に利益をも得ている場合、原則として、その差額をもって要賠…償額とするものである。商法二六六条が会社の被った損害を取締役に賠…償させる制度である以上、右のように損益相殺することは、むしろ当然のことといえる。もともと、取締役の行為から会社に利益が生じているにしても、その行為が刑事犯罪に該当するなど、その利益をもって損益相殺することが社会的に正当視できない場合はあろう。しかし、そのような場合は、会社に生じた損害をそのまま取締役にならせても、不当に苛酷なものとはいえないと考える。다만 이 보충의견은 공서양속위반 중대범죄와 단순형사범죄를 구성하는 행위의 관계에 대해서는 언급하지 않고 있다.

951) 대표이사가 뇌물 등 제공행위를 한 경우에 회사를 배임죄의 피해자로 관념에 대비해서, 오히려 법인을 뇌물범죄의 주체로 관념하려는 관점도 있을 수 있다. 다만 법인의 범죄능력을 긍정하더라도 이사가 회사를 범죄자로 전락시키는 행위는 배신성이 강한 행위이므로 임무위배행위로 충분히 볼 수 있을 것이다. 법인의 범죄능력을 긍정하는 프랑스에서 회사를 형사처벌의 비정상적 위험에 노출시키는 행위와 관련하여 이러한 설명으로서 W. Jeandidier, 앞의 글, 단락 58 참조. 국내에서 이와 유사한 취지로 보이는 황철규, “법인 명의의 배임행위에 있어서 ‘타인의 사무처리자’”, 형법판례 150선, 한국형사판례연구회, 박영사, 2019, 275면도 참조.

미에 대한 견해가 통일되어 있지 않고⁹⁵²⁾ 그 의미를 일의적으로 정의하는 것도 용이하지 않다. 형법학계에서 경영판단원칙에 관한 논의는 민사법에서 발전하여 온 경영판단원칙에 관한 법리를 수용할 것인가의 형태로 논의되어 왔기 때문에, 이하에서도 그러한 형태로 논의하고자 한다. 상법학계에서는 경영판단 원칙의 의미에 관한 학설의 입장을 크게 세 가지 유형으로 구분하는 견해가 보인다. 즉 ① 실체법적 의미에서 “사후적으로 경영판단이 잘못된 것으로 드러나더라도 의사결정 당시에 합리적이었다면 이사에게 책임을 물을 수 없다”는 원칙으로 이해하는 입장, ② 소송법적 의미에서 이사의 경영판단을 충분한 정보에 기초하여 합리적으로 결정된 것으로 추정한다는 소송법 원리로 이해하는 입장, ③ 이사의 손해배상책임에 관한 상법의 요건보다 가중하여, 이사에게 중대한 과실이 없는 한 손해배상책임을 부정하는 특별한 해석이나 입법을 주장하는 입장으로 정리, 구분될 수 있다는 견해가 그것이다.⁹⁵³⁾

우선 위 입장 ①에 대해서, 상법학계의 일부 견해는 이것은 당연하며 우리 상법에서도 이미 인정되고 있는 법리임을 지적한다.⁹⁵⁴⁾ 의사결정 시 합리적이었으나 결과가 좋지 못한 것은 단순한 ‘경영실패’의 전형적인 사례인바, 현대 형법은 행위책임이 원칙이기 때문에 형법에서도 법리적으로 상기의 지적은 타당하다. 그러나 행위를 기준으로 이사 행위의 (임무위배로 평가되지 않는다는 의미에서) 합리성 여부를 판단하는 작업은 쉽지 않고, 행위시 구성요건의 존부판단이 쉽지 않은 때 결과로부터 구성요건 충족을 역추정하는 운용상 경향이 발생할 수 있다.⁹⁵⁵⁾ 이 경우 경영판단원칙에는 경영실패라는 결과로부터의 역추정이 불가함을 확인하는 확인적 의미가 부여될 수 있을 것이지만 실익은 거의 없어 보인다.

다음으로 위 입장 ②에 대해서, 상법학계에서는 현행법제에서도 이사가 위임관계에서 부담하는 채무는 수단채무로서 이사의 책임을 주장하는

952) 송옥렬, 앞의 책(주 319), 1038면. 이 점을 경영판단원칙의 도입여부, 해석상 인정여부 등 논의에서 혼동이 발생하는 원인으로 지목한다.

953) 세 가지 입장에 관한 요약 및 정리로서 위의 책, 1038면 이하 참조.

954) 위의 책.

955) 프랑스나 독일에서도 실무에서 경영진에 대한 회사재산남용죄나 배임죄 성부가 문제되는 경우 회사에 대한 손해의 발생으로부터 객관적 구성요건을 역추정하는 경향이 있음이 지적된다.

원고가 이사의 임무해태를 입증하여야 하므로 굳이 이를 도입할 필요가 없음이 지적된다.⁹⁵⁶⁾ 이에 대해서는 형법학계에서도 같은 점을 지적하는 견해가 이미 주장되어 왔다.⁹⁵⁷⁾ 피고인의 무죄추정에 기반한 우리 형사 절차에서는 검사가 이사의 배임죄 공소사실에 대한 거증책임을 부담함에 별다른 의문이 없으므로, 소송법상 입증의 측면만을 실익으로 하는 경영 판단의 원칙은 우리 법제의 구조와 조화되지 않는다고 판단된다.

한편 입장 ③에 대해서, 상법학계에서는 상법 제399조 제1항의 책임은 경과실이 요건이기 때문에 이것을 이사가 중과실의 경우에만 책임을 부담하도록 해석에 의하여 완화하는 것은 인정될 수 없음이 지적되나,⁹⁵⁸⁾ 바로 그 때문에 법제도의 도입론으로는 이 입장의 실익이 있다고 한다. 이것은 이사에게 ‘경과실만 있는 것’을 안전항의 요건으로 한 견해로 볼 수 있다. 형법학계에서 안전항으로서 경영판단원칙 도입을 주장하는 견해⁹⁵⁹⁾는 넓은 의미에서 여기에 비교될 수 있어 보인다.

배임죄에서 경영판단원칙의 도입은 구성요건인 임무위배행위나 고의 등 여부의 판단에서 이사의 경영행위에 대한 특수성을 고려한 특수한 법리의 구축, 더 나아가 특별한 요건의 도입을 의미할 수 있다. 그 정당화를 위해서는 규범적이든, 또는 정책적이든 근거가 모색될 필요가 있다. 이사의 경영상 행위는 미래의 불확실성 속에서 회사의 영리를 추구하는 고도의 전문적 의사결정으로서 본질적으로 경제적 손해발생의 위험성이 내재되어 있기 마련이다. 따라서 그러한 위험이 있거나 실현된 모든 사례를 배임죄로 규율하는 경우 경제활동이 크게 위축될 수 있다는 우려는 간과될 수 없다. 경영판단에 대한 대법원 판례가 “정책적인 차원에서 볼 때에도 영업이익의 원천인 기업이 정신을 위축시키는 결과를 낳게 되어 당해 기업뿐만 아니라 사회적으로도 큰 손실이 될 것”⁹⁶⁰⁾임을 지적한 부분은 이러한 정책적 고려를 앞세웠다고 볼 여지가 있다.

956) 송옥렬, 앞의 책, 1039면.

957) 예컨대 이상돈·지유미, “경영판단과 경영배임”, 사법 24호, 사법발전재단, 2013. 6. 50면 이하. 검사에게 거증책임이 있는 우리 형사법제에서 입증책임 차원의 경영판단원칙 도입은 우리 법제와 조화되지 않는다고 한다.

958) 송옥렬, 앞의 책, 1038면.

959) 이상돈·지유미, 앞의 글 (주 957), 50면 이하.

960) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결; 대법원 2010. 1. 14. 선고 2007도10415 판결 외 다수.

반면에 이사가 잘못된 행위를 함으로써 회사에 끼치는 손해는 일반 사인 간에 발생하는 그것과 비교할 수 없을 정도로 중대하고, 이사에게는 일반적으로 고도의 전문성과 능력이 기대되고 그 대가로 고액의 보수를 지급받는다든 점에서 오히려 그에 상응하는 높은 책임이 요구되는 측면도 있다. 경영자에 대해서만 범죄성립의 법적 기준을 달리하게 되면 이론적 일관성이나 형평성의 결여도 문제될 수 있다.

미국의 경영판단원칙은 경제발전의 촉진이라는 정책적 필요에 의해서 경제영역에 대한 법치를 후퇴⁹⁶¹⁾시킨 것으로 평가할 수 있다. 이런 조치의 도입은 우리 배임법제에서도 논의될 여지가 있다. 다만 앞서 언급된 문제가 발생할 수 있는 만큼, 필요성 여부가 신중히 검토되어야 한다. 여기에는 우리 배임죄가 주요 타국의 법제에 비교할 때 경제영역의 과잉 처벌 문제를 더 많이 노정하는가를 확인하는 작업이 유용할 수 있다. 형법의 배임죄에 관한 범죄체계에서 경영판단에 어떤 체계적 지위를 부여할 것인가의 문제도, 각국의 다양한 접근방법을 확인함으로써 우리 법에 적합한 체계의 규명에 도움을 얻을 수 있다. 이하에서는 각국의 입법례를 살펴봄으로써 각국에서 이사의 경영상 행위에 대한 형사규제에 있어서 경영행위가 갖는 특수성에 대한 고려여부나 정도에 관한 다양한 규율양태를 점검하여 보기로 한다.

II. 경영판단원칙에 관한 각국의 논의

1. 미국의 논의

(1) 의의

미국에서 경영판단의 원칙은 1829년 루이지애나 주 대법원의 *Percy v. Millaudon* 사건에서 나타난 이후 판례법에 의한 수정과 발전을 지속하며 형성되었다고 한다.⁹⁶²⁾ 이사가 권한 내에 속하는 경영사항에 관하여 행

961) 이상돈, 앞의 글 (주 949), 25면의 표현을 차용하면, ‘정책의 법리에 대한 우위’로 집약될 수 있어 보인다. 이에 대해서는 같은 글 26면에 제시된 반론(“정책이 법리의 선택을...좌우하는 것은 형법의 법치국가적 전통과 품위에 맞지 않다”)이 제기될 수 있다.

962) 한국상사법학회 편, *주식회사법대계 II*, 법문사, 2019, 883면(권재열 집필부분) 및 이정민, “경영판단원칙과 업무상 배임죄”, *형사정책연구* 제18권 제4호(통권 제72

한 결정은 합리적 정보에 근거하여 선의로 회사의 최선의 이익에 부합한다는 믿음에서 행한 것으로 추정하고, 그 결정에 존재하는 단순한 잘못으로 인하여 회사에 손해가 발생하더라도 사법심사를 자제하거나 결정을 존중하여 손해배상책임을 묻지 않는다는 원칙으로 요약될 수 있다.⁹⁶³⁾ 동 원칙이 인정되는 취지 또는 근거로는⁹⁶⁴⁾, ① 기업경영상 결정은 고도로 전문·복합적이기 때문에 경영전문가가 아닌 법관이 사후적으로 그 당부나 책임여부를 가리는 것이 바람직하지 않고 경영자의 결정사항을 존중함이 오히려 이익을 극대화할 수 있다는 점 ② 유능한 인재의 이사 취임 및 고위험사업 도전 등 기업가정신을 장려하는 점 ③ 주주들이 법적 쟁송을 제기하여 이사의 경영에 개입하는 것의 차단 ④ 개인이 행하기 힘든 고위험사업을 출자위험만 부담하여 회사를 통해 수행하게 하는 주식회사제도의 본질에 부합하는 점 등이 제시된다.

(2) 적용대상 및 적용요건

경영판단원칙은 이사회 권한에 속하는 통상적 경영사항의 의사결정 시 이사에게 요구되는 일반 또는 구체적인 주의의무에 적용된다. 미국 법률협회(ALI: American Law Institute)의 회사지배원칙(PCG: Principles of Corporate Governance)에 의하면 이사는 회사에 대하여 선의로, 회사의 최선의 이익에 부합한다고 합리적으로 믿는 방법으로, 또한 통상의 신중한 사람이 유사한 지위와 상황에서 행사할 것으로 합리적으로 기대되는 주의로써 그 직무를 수행할 의무를 부담한다. 또한 RMBCA(개정 모범사업

호), 2007. 겨울, 161면 참조. 미국법의 경영판단원칙에 대해서는 국내에 다수 선행연구가 축적되어 있다. 위 글 외에 한석훈, “경영판단행위의 형사규제”, 상사법연구 제35권 제1호, 한국상사법학회, 2016, 9면 이하 및 최완진, “회사법상 경영판단의 원칙의 도입”, 기업지배구조 리뷰 VOL. 75, 한국기업지배구조원, 2014. 7., 2면 이하; 김광록, “미국의 최근 판례를 통해 본 경영판단의 원칙”, 법학연구 제32집, 한국법학회, 2008; 정봉진, “이사의 주의의무와 경영판단의 법칙간의 관계에 관한 미국법 고찰”, 상사법연구 제21권 제2호, 한국상사법학회, 2002 등이 있다. 형법의 시각에서도 이상돈·지유미, 앞의 글(주 957) 및 이정민, 앞의 글, 160면 이하; 구회근, “업무상 배임죄와 경영판단원칙”, 법조 통권 590호, 2005. 11, 55-105면 등에서 미국의 경영판단원칙을 소개하고 있다.

963) 구회근, “업무상 배임죄와 경영판단원칙”, 법조 통권 590호, 2005. 11, 65면.

964) Dennis J. Block 외 2, The business judgment rule(5ed), 1998, 261-263면; 곽병훈, “미국 회사법의 경영판단원칙”, 재판자료 98집 외국사법연수논집 (22), 법원도서관, 124-125면에서 정리 및 소개한 부분을 재인용.

회사법)에 의하면 이사는 그 의무를 수행할 때 선의로, 회사의 최선의 이익에 부합한다고 합리적으로 믿는 방법으로 행동하여야 하고, 또한 결정을 내리는 권한과 관련하여 정보를 취득할 때나 경영활동에 대한 감독 업무에 주의를 기울일 때, 동일한 지위에 있는 사람이 유사한 환경하에서 적절하다고 합리적으로 믿는 주의로써 그 의무를 수행하여야 한다고 규정한다. 경영판단원칙은 이러한 의무의 이행여부 판단에 적용된다.

동 원칙의 요건으로 ① 학설과 판례에서는 1) 의식적 경영판단이 있을 것 2) 개인적 이해관계의 부재 3) 합리적 정보에 기한 결정일 것 4) 선의였을 것 5) 재량남용 또는 회사자금의 낭비가 아닐 것 등이 제시된다.⁹⁶⁵⁾ 또한 ② 동 원칙의 추정적 효과를 강조하는 입장은 그 요건으로서 주로 절차적 측면인 1) 이사회적 적법한 결의 2) 문제된 상황에서 기대되는 합리적 의사결정절차의 이행 3) 사기, 악의 또는 이해관계(자기거래)의 부재 등이 전제된다고 한다. 따라서 이사회 결의가 없거나 의사결정절차가 비합리적인 경우, 위법한 결정, 이해충돌이 있는 때에는 동 원칙이 적용되지 않는다. 한편 ③ ALI 회사지배원칙 §4.01(c)에서는 1) 의식적 경영판단의 존재 2) 악의 및 이해관계의 부존재 3) 충분한 정보에 기한 의사결정 4) 회사의 최선의 이익에 합치한다는 합리적 믿음이 충족될 것이 요구된다. 다만 이상에 나타나듯 경영판단원칙이 적용되기 위한 요건이 통일되어 있지는 않다.

(3) 효과

경영판단원칙의 효과는 크게 면책적 효과와 추정적 효과로 구분될 수 있다. 우선 면책적 효과로서, 이사의 경영상 결정이 상기 학설 및 판례의 요건 ①의 1) 부터 5)를 충족하는 때에는 이사는 결정에 따른 책임을 부담하지 않는다. 요건충족 여부에 관한 입증책임은 원고에게 있다.⁹⁶⁶⁾

다음으로 추정적 효과로서, 이사의 경영상 결정이 상기한 요건 ②의

965) 최완진, “회사법상 경영판단의 원칙의 도입”, 기업지배구조 리뷰 VOL. 75, 한국기업지배구조원, 2014. 7, 3-5면 참조.

966) 논자에 따라서는 경영판단원칙의 효과에 관한 면책적 효과와 추정적 효과의 구분을 미국법상 경영판단원칙의 유형구분(‘추정’ 유형과 ‘안전항’ 유형)으로 관념하기도 한다. 상세는 이상돈·지유미, 앞의 글 (주 957), 49면 이하.

1)부터 3)과 같은 절차적 요건에 반하지 않는 경우에는 이사의 결정은 충분한 정보를 바탕으로 선의에서, 회사에게 최선의 이익에 합치한다는 정직한 신뢰에 의한 것으로 추정되며 일단 이러한 사항을 충족한 것으로 추정된다.⁹⁶⁷⁾ 이를 복멸하려면 원고가 이사들의 결정이 상기한 요건 ②의 1) 부터 3)중 어느 하나, 특히 3)의 이해관계 부재에 흠결이 있다는 것과 주의의무 또는 충실의무에 위반한 사실을 입증하여야 한다.⁹⁶⁸⁾ 결국 이사의 경영판단에 대한 위와 같은 추정이 원고의 입증에 의해 복멸되지 않는 한 경영판단의 실질적 내용에 대해서는 사법심사가 수행되지 않고, 경영의 내용에 관한 이사의 판단이 폭 넓게 존중될 수 있게 된다.

그러나 원고가 추정복멸을 위한 입증에 성공한 경우에는 이사들은 다시 자신들의 행위가 공정절차 및 공정가격 등을 총합하여 판단되는 전반적 공정성(entire fairness)을 갖추고 있음을 입증하여야 한다.⁹⁶⁹⁾ 전반적 공정성 기준에 의하면 이사는 자신이 결정한 거래의 교섭, 개시와 다른 이사들에 대한 공개, 이사 및 주주들의 승인 등 거래의 공정성에 관한 모든 요소 및, 교환된 대가 간의 경제적 가치를 비교하는 가격의 공정성에 관한 모든 요소를 전체적으로 고려하여 종합 판단한 결과로서 자신의 경영상 결정이 전적으로 공정한 것이었음을 입증할 것이 요구된다.⁹⁷⁰⁾

(4) 형사책임 영역에의 적용 여부

상기와 같이 경영판단원칙은 미국에서 이사의 회사에 대한 민사상 손해배상책임과 관련하여 발전하여 온 법리이나, 이사의 형사책임에 대하여는 이와 같은 법리가 적용되고 있지 않다. 미국에서 이사의 배임적 행위는 연방법상 우편사기죄의 세부유형으로 규정된 honest service fraud

967) Smith v. Van Gorkom, 488 A. 2d 858, 872(Del, 1985); 이를 언급한 국내 문헌으로 한석훈, “경영판단행위의 형사규제”, 상사법연구 제35권 제1호, 한국상사법학회, 2016, 14면 이하.

968) 한석훈, 위의 글.

969) 김진식, “국제적 기준에 부합하는 합법적 LBO 가이드라인 제정 방안”, 법무부 연구용역 최종보고서, 2011. 12. 29면 이하.

970) 이해관계 없는 이사들이 충분한 정보에 기해 공정하게 승인결의를 한 경우에는 자기거래에도 경영판단원칙의 적용이 긍정될 수 있다는 언급으로는, 김은정, “이사의 자기거래와 경영판단의 원칙”, 선진상사법률연구 통권 54호, 2011.4, 42면 이하. 그 밖에 민사책임에서 경영판단원칙의 요건과 효과에 관한 미국에서의 다양한 판례의 내용은 다수의 선행연구에 맡기고 여기서는 그 소개를 생략하였다.

(USC 18 1356) 에 의하여 의율됨을 앞서 살펴보았으나⁹⁷¹⁾, 동 조로 처벌되는 이사의 배임적 행위유형으로서 은닉된 이해충돌(자기거래) 및 뇌물수수, 리베이트수수의 사례들은 원칙적으로 이미 경영판단원칙 적용의 전제로 요구되는 이해충돌 및 위법행위의 부존재라는 조건을 충족하지 못하는 사례이다. 2011년 Skilling판결 선고 이후에는 뇌물수수나 리베이트가 수반되지 않은 단순 이해충돌 사례는 honest service fraud에서 처음부터 배제되고 있다.

2. 독일의 논의

(1) 사법영역에서 경영판단 원칙의 도입

독일에서는 2005년 주식법 개정 시에 규정된 주식법 제93조 1항 2문이 경영판단 원칙(Business judgment Rule⁹⁷²⁾)을 입법화한 것으로 설명된다. 경영판단의 원칙이 규정된 주식법 제93조는 이사의 주의의무 및 책임에 관한 조문으로서, 동 원칙을 체계상 이사의 주의의무에 관한 원칙으로 위치짓고 있다. 동 조항의 내용도 그러하다. 즉 동 조는 “이사는 그의 업무집행에서 정상적이고 성실한 영업지휘자의 주의를 다하여야 한다. 이사가 기업가적 결정에서 적절한 정보를 기초로 회사의 이익을 위하여 행위한 것이 합리적으로 인정될 수 있는 경우에는 의무위반이 아니다.”⁹⁷³⁾ 라는 것으로, 이사의 경영판단이 일정한 요건을 충족하는 때에는 의무위반이 부정된다는 것이다. 미국 경영판단원칙의 영향을 받았다고 평가되지만⁹⁷⁴⁾ 의무위반 부정의 요건을 이사가 입증해야 하는 형태로 입법되어 있어 미국의 그것과는 구조를 달리한다.

971) 제2장 제5절 참조.

972) 예컨대 Schünemann, 앞의 책, 81면(주식법 제93조 1항 2문을 Business judgment Rule의 독일 버전(als deutsche Fassung der sog. BJR)이라고 지칭).

973) 주식법(Aktiengesetz) 제93조. 한글 번역은 이형규 역, 독일주식법, 법무부, 2014. 8, 113면에 의하였다. 원문은 다음과 같다.: “§93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder (1) Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln”.

974) 동 조항의 입법을 촉발한 독일연방대법원의 ARAG-Garmenbeck 판결 자체가 미국법의 영향을 받은 것으로 평가되고 있다.

주식법 제93조 1항 2문이 규정한 경영판단원칙의 요건은 1997년 독일 연방대법원 민사부가 선고한 이른바 ARAG-Garmenbeck 판결⁹⁷⁵⁾을 입법한 것으로 평가된다.⁹⁷⁶⁾ 동 판결은, 이사의 경영상 결정이 ①책임의식에 의해서 담보되고 ②오직 기업의 이익을 지향하며 ③결정기초의 주의깊은 조사에 기반하여야 하는 한계를 명백하게 벗어난 때에 이사의 손해배상 책임이 인정될 수 있다고 판시하였다.⁹⁷⁷⁾ 이사의 배임죄에 관한 일부 형사판결에 인용판결로 언급되면서 형법에서도 이 판결이 소개된다.

(2) 형사영역에서 인정 여부

이사의 배임죄에 관한 형사판례에서 경영판단의 고려는 주식법의 경영판단원칙 입법 이전부터 있어 왔다. 주식법 개정 전 대표적 형사판결로 독일연방대법원이 2005년에 선고한 Kinowelt 사건 판결을 들 수 있고, 입법 후의 것으로는 2016년의 HSH Nordbank 사건 판결을 들 수 있다.

Kinowelt 사건 판결⁹⁷⁸⁾에서 독일연방대법원은 기업간 자금지원행위의 배임죄 성부에 관하여 판시하면서, 이사에게는 광범위한 재량의 여지가 인정되지만 그러한 재량의 한계를 초과하는 경우 회사법상 의무위반이 존재하고, 이는 동시에 배임죄의 중대한 의무위반이 된다고 판시한다.⁹⁷⁹⁾ 이 판결은 기술한 ARAG-Garmenbeck 판결을 참조판결로 언급하고 있어, 민사상 경영판단원칙에 따른 재량범위 및 의무위반의 판단을 배임죄의 의무위반 판단에도 적용한 것으로 평가될 수 있다.

한편 2016년의 HSH Nordbank 사건 판결⁹⁸⁰⁾은 독일에서 경영판단원칙의 명문규정으로 평가되는 독일주식법 제93조 제1항과 배임죄의 의무위

975) BGHZ 135, 244. 주식회사 감사위원회에서 회사가 이사에 대해 손해배상책임을 추궁하자는 안건을 부결하자 감사 중 1인이 의결무효확인소송을 제기한 사안에 관한 것으로, 의결의 무효여부 판단의 전제로서 이사의 손해배상책임 유무가 심사되었다. 연방대법원 민사부는 본문과 같이 판시하여 이사의 업무집행에 대해서 넓은 재량의 여지를 인정하였다.

976) Faßbender, 18 Jahre ARAG Garmenbeck – und alle Fragen offen?, NZG 2015, 501; Gregor Bachmann, Zehn Thesen zur deutschen Business Judgment Rule, WM 2015, 105.

977) 본문의 ①부터 ③의 판시내용이 미국판례상 동 원칙의 전제조건과 유사하다고 평가된다. Henze, Prüfungs- und Kontrollaufgaben des Aufsichtsrates in der Aktiengesellschaft - Die Entscheidungspraxis des Bundesgerichtshofes, NJW 1998, 3309.

978) BGH NJW 2006, 543.

979) 제2장 제2절 제4항 V 참조.

980) NJW 2017, 578.

반 간 관계를 설명한다. 첫째, 이사에게 동 조 제1항 1문의 의무위반이 인정되면 그것은 바로 배임죄의 요건인 중대하거나 명백한 의무위반을 의미한다. 둘째, 주식법 제93조 제1항 제2문⁹⁸¹⁾은 (정보의무 등 이행시) 안전항 규정으로서, 이를 충족하면 주식법 제93조 제1항의 의무를 준수한 것으로 되고, 따라서 배임죄의 의무위반이 부정된다. 이 판결도 개정 주식법 하에서 앞선 Kinowelt 사건 판결처럼 사법상 이사에게 인정되는 재량의 위반여부를 배임죄의 의무위반에 연결짓는 해석론을 전개한다.

결국 주식법상 경영판단원칙에 따른 이사의 의무위반 판단은 판례에 의할 때 배임죄의 의무위반 판단에도 수용되어 있다. 주식법상 이사의 의무위반이 부정되면, 배임죄의 ‘의무위반’이 부정되는 체계이다.

3. 프랑스의 논의

(1) 이사의 민사책임

프랑스에서는 독일과 달리 미국의 경영판단원칙을 입법한 것으로 평가되는 현행법의 조항은 존재하지 않는다. 따라서 이사의 민사 또는 형사 책임 판단에 있어서 판례 등에 의한 특별한 판단기준이 있는가가 검토될 수 있을 것이다. 다만 프랑스 회사재산남용죄는 ‘임무위배’ 같은 요건을 사용하지 않고 부대사소 제도로 인하여 형사책임이 민사책임에 끼치는 형향이 오히려 크기에, 여기서 민사책임을 논의할 실익이 크지는 않다.

우선 민사책임에 관하여, 프랑스 상법은 주식회사 이사의 회사에 대한 책임과 제3자에 대한 책임을 L225-251조⁹⁸²⁾에 하나로 묶어서 규정한다.

981) 독일 주식법 제93조 제2항 이사가 경영상 결정에 있어서 적절한 정보에 기초해서 회사의 이익을 위해서 행위하였다고 합리적으로 인정될 수 있는 경우 의무위반이 없다.

982) 원문은 다음과 같다. “Article L225-251(Modifié par Loi n°2001-420 du 15 mai 2001) Les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion (2항 생략).” 동 조는 “이사 및 부대표이사는 회사 또는 제3자에 대하여, 주식회사에 적용되는 법률 또는 명령의 규정 또는 정관의 위반 또는 그들의 업무집행 중에 범한 과실에 대해서, 경우에 따라서 단독으로 또는 연대하여 책임이 있다” 라고 규정한다. 이는 1867년 주식회사법상 이사의 책임에 관한 동법 제44조에 정한 책임발생 사유에 정관위반을 추가한 구 회사법 제244조를 계승한 것으로, 위 사유추가를 제외하면 각 법률간의

이사의 회사에 대한 책임에 관하여 살펴보면, 책임발생의 사유는 위조항에 명시된 것처럼 법령위반, 정관위반 및 업무집행상 과실(faute⁹⁸³ de gestion)⁹⁸⁴이다. 그 법적 성질은 1867년 주식회사법 및 현행법에서 모두 위임계약에 따른 책임으로 설명된다. 다만 법령위반으로 손해가 발생한 경우 곧바로 회사에 대한 손해배상책임이 인정되는 것과 달리, 업무집행상 과실의 경우 그것이 손해배상책임을 발생시킬 정도의 것인가에 대해서 법원에게 판단여지가 부여된다. 업무집행상 과실의 존부 판단은 선량한 관리자 기준(le standard du bon père de famille)⁹⁸⁵에 의한다.⁹⁸⁶

다음으로 이사의 제3자에 대한 책임에 관하여 보면, 조문상 책임발생 사유는 회사에 대한 책임과 동일하나, 그 중 업무집행상 과실(faute de gestion)의 경우에는 계약책임에 기반한 사유이기 때문에 종래 이는 회사가 아닌 제3자에 대해서는 책임발생 사유가 되지 않는다고 설명되었다. 판례의 경우 다소 변화가 있었으나, 현재의 판례는 이사의 제3자에 대한 책임에 있어서 회사에 대한 업무집행상 과실은 요건이 되지 않는다는 입장이다.⁹⁸⁷ 따라서 이사의 제3자에 대한 책임은 프랑스 민법상 불법행위

규정에 거의 다른 점이 없다.

1867년 주식회사법 제44조의 원문은 다음과 같다.“Art. 44. les administrateurs sont responsables, conformément aux règles du droit commun, individuellement ou solidairement, suivant les cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions de la présente loi, soit des fautes qu'ils auraient commises dans leurs gestion, notamment en distribuant ou en laissant distribuer sans opposition des dividendes fictifs.” 여기에는 명문의 책임발생요건으로 법률위반, 업무집행상 과실, 위법배당이 명시되어 있고, 추가로 법의 일반원칙에 따라 정관위반과 사기적 행위의 경우에도 이사의 손해배상책임이 인정되는 것으로 해석되었다. 이를 프랑스 구 회사법 제244조가 계승하면서 해석상의 책임발생사유이던 정관위반이 명문에 추가되고, 2001년 통합 상법전 제정 시 상법 L225-251조로 재편된 것이다.

983) 이러한 책임발생사유는 임무해태, 위법성, 고의 과실 등 사유를 분리 검토하는 우리 상법의 그것과 사뭇 다르다. 이는 프랑스 사법상 ‘faute’가 우리 민법의 고의, 과실, 위법성 등을 포괄하는 개념이기 때문이다. Jacques Flour, Jean-Luc Aubert, Les obligations 2. Le fait juridique, Quasicontrat, Responsabilité délictuelle, Armand Colin, 1999, p.82 et ss.; 여하운, “프랑스 민법상 계약책임과 불법행위책임의 관계”, 서울대학교 법학 제50권 제2호, 2009.6, 569면에서 재인용. 동 본문 및 각주 13.

984) faute de gestion은 이들 사유 전체, 즉 이사의 민사책임 발생사유를 통칭하는 광의의 의미로 사용되기도 한다.

985) 번역은. 여하운, 위의 글 참조. 결국 이는 선관주의의무를 의미한다고 할 수 있다.

986) M. Germain, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, Revue des sociétés 2003, 284.

987) Com. 4 mai 1982; Revue des sociétés 1983, 573, note Y. Guyon.

책임의 일반법리에 따라, 원칙적으로 제3자에 대한 과실(faute)의 인정여부에 따라 판단된다.

이사의 회사 및 제3자에 대한 책임발생 요건 중 법령위반의 경우에는 그 자체로 요건이 충족되기 때문에 경영판단 원칙 등을 이유로 책임발생이 부정될 여지가 없다. 한편 회사에 대한 책임에서 업무집행상 과실이 문제되는 경우에는 법원에게 과실여부 판단에 관한 최종적 권한이 있기는 하지만, 그 판단은 사법의 일반원칙에 따른 선량한 관리자 기준에 의하는 것이고 이사에게만 특별히 다른 원칙은 확립되어 있지 않다. 또한 프랑스에서 이사의 제3자에 대한 책임은 일반 불법행위 법리와 요건에 따라 판단된다.⁹⁸⁸⁾ 이를 종합하면 프랑스에서 이사의 민사책임과 관련하여 경영판단의 원칙은 채택되어 있지 않다고 할 수 있고, 학설에서도 그와 같이 설명되고 있다.⁹⁸⁹⁾ 일부 학설은 프랑스 판례가 명시적으로 드러내지는 않지만 때로 이사의 경영상 행위에 대해 양적 측면에서는 판단하되 질적 측면에서는 판단하지 않는 경향을 보이고, 이를 미국의 경영판단의 원칙과 유사하게 볼 여지가 있다는 의견을 제시한다.⁹⁹⁰⁾ 그러나 오히려 이사의 손해배상책임이 문제된 개별 사례에서는 이사의 경영행위에 대한 특별한 검토 요청을 배척하는 경우도 보인다.⁹⁹¹⁾

988) 상세는 정진세, “프랑스법상 이사의 제3자에 대한 책임”, 선진상사법률연구 통권 제71호, 2015. 7, 113면 이하 참조.

989) M. Germain, 앞의 글, 284면. 그 외 프랑스에 경영판단원칙이 채택되어 있지 않다고 명시한 비교법연구 문헌으로 Hugo Kerbib, *Comparative Corporate Law: The US Corporation and the French SA*, Master 1 Droit à Université Paris-Dauphine, 2017. 29면 참조.

990) B. Dondero, *Responsabilité du dirigeant à l'égard de la société : pas de business judgment rule à la française?*, Gazette du Palais, 2015. 2, 19면. 그러나 그에 관련한 법리나 개별 판례의 예시를 전혀 제시하고 있지 않다.

991) 예컨대 케이터링 회사의 이사 2인 중 1인인 피고가 거래처인 양조장으로부터 회사의 자금을 차용하면서 그 양조장이 지정한 업체로부터만 맥주를 공급받기로 약정하였으나 이를 이행하지 않아 회사에게 손해가 발생한 사안에서, 이사의 회사에 대한 손해배상책임이 문제되었다. 원심판결은 피고에게 업무집행상 과실(faute de gestion)을 인정하여 회사에 대한 손해배상책임을 긍정한 것에 대해서, 피고는 원심이 약정불이행의 이유 등 경영상의 과실여하를 구체적으로 검토하지 않았고 그가 함께 일하는 다른 이사에게 약정 체결사실을 고지한 이상 이사의 의무를 다하였으므로 책임이 없다고 상고하였다. 그러나 파기원은 피고의 상고를 기각하였고 판시 사항 어디에도 이사의 경영상 판단에 대해 특별한 고려를 하고 있지 않다. Com. 3 février 2015, n°13-12483.

다만 과기원은 행정법분야에서 전개된 대위책임이론을 이사의 제3자에 대한 책임에 적용하여, 제3자에 대한 이사의 과실이 업무집행과 무관한 경우에 한해 이사가 제3자에 대해 직접 책임을 부담하게 하고 그 외에는 원칙적으로 회사가 제3자에게 책임을 부담한 후 이사에게 구상하도록 한다.⁹⁹²⁾ 회사가 이사에 대한 구상 여부를 자율적으로 결정⁹⁹³⁾하는 점에서 간접적으로 이사 책임의 완화장치를 채택하였다고 평가될 여지가 있다.

(2) 이사의 형사책임

사인소추 및 부대사소 제도가 채택되어 있는 프랑스에서 이사의 행위가 형사범죄를 구성하는 점은 피해자가 형사법원에서 사인소추 및 부대사소를 제기하여 형사처벌 및 손해배상을 구할 수 있는 사유가 된다.⁹⁹⁴⁾ 또한 형사법원의 판결에서 확정된 범죄사실의 인정은 민사법원에 대해서 절대적인 구속력을 갖는다⁹⁹⁵⁾ 이러한 법제구조 및 운용현황 때문에 이사의 형사책임은 이사의 민사책임에도 중요한 영향을 끼치게 된다.

앞서 보았듯 프랑스에서 상법상 회사재산남용죄는 오직 이사만을 대상으로 하고, 객관적 요건은 형법의 신뢰침해죄보다 광범위하며, 처벌도가중되어 있다.⁹⁹⁶⁾ 동 죄의 입법취지가 처음부터 이사의 배임적 행위를 적극 처벌, 엄단하여 자금운용의 투명성을 확보하기 위한 것이기 때문이다. 물론 이사의 정상적 경영활동까지 단죄하는 것이 입법목적이 아님은 물론이기에 경영활동에 대한 배려가 논의되고 있다. 다만 이러한 구조와 연혁 때문에 회사재산남용죄에서 경영활동에 대한 배려는 주로 단순한 경영실패의 사례, 즉 정상적 경영활동이지만 결과적으로 손해를 발생한 행위를 처벌에서 배제하는 방안의 형태로 논의된다.

① 첫째는 회사재산남용죄의 객관적 구성요건 중 문제된 행위가 ‘회사의 이익’에 반하는가 여부의 판단에 관한 것이다. 이것은 다시 판단의

992) 이에 관한 국내의 문헌으로 정진세, 앞의 글(주 988), 113면 이하.

993) 이러한 시스템을 긍정적으로 평가하는 견해로, M. Germain, 앞의 글, 290면.

994) 프랑스 형사소송법 제2조. 상세히 소개한 국내 문헌으로 김택수, “프랑스의 사인소추제도”, 경찰법연구 제2호, 168면 이하.

995) 이로 인해 프랑스에서도 이사의 책임추궁에 대한 형사화 경향이 지적된다. M. Germain, 앞의 글, 290면.

996) 제2장 제1절 참조.

시점의 문제 및 기준의 문제로 구분할 수 있다. 판단의 시점에 관하여, 학설에서는 회사의 이익에 반하는가 여부는 행위시를 기준으로 판단되며 행위의 결과 같은 사후적 측면이 고려되어서는 안됨을 강조한다.⁹⁹⁷⁾ 이것은 동 죄가 실패한 경영의 처벌조항으로 되는 것을 막기 위한 가장 기본적인 장치라고 한다. 그러나 서두에서 보았듯 행위시의 불법판단을 강조함으로써 단순한 경영실패를 형사처벌에서 배제하는 것은 행위책임이 원칙인 현대 형법에서는 이미 당연하다. 따라서 판단시점보다는 판단기준에 관한 논의가 이사의 형사책임 제한과 관련하여 실제로 좀 더 중요한 의미를 갖는다.

판단 기준에 관하여 파기원은 이사의 행위에 의해 회사가 ‘노출되어서는 안되는 위험(un risque auquel il ne devait pas être exposé)’에 노출되었는가 여부를 기준으로 제시한다.⁹⁹⁸⁾ 우선 이 기준을 더 구체화한 파기원 형사부 1989. 1. 16. 선고 판결⁹⁹⁹⁾은 프랑스에서 경영상 행위의 처벌 기준에 대한 리딩케이스로 제시된다. 사안에서는 유한회사인 A사 등 및 동 회사들이 특정 사업을 위하여 합작 설립한 B사의 각 이사지위에 있는 피고인들이, B사가 사업을 위하여 수행할 필요가 있는 업무 중에서 사안의 하도급대상 업무가 갖는 고도의 기술을 요하는 성질을 고려하여 부득이 B사로 하여금 피고인들이 주식 57%를 보유하고 있는 S사와 사이에 하도급계약을 체결하게 하였는데, 피고인들의 이러한 주식보유사실은 은폐되었다. 원심판결¹⁰⁰⁰⁾은 위와 같은 피고인들과 S사와의 이해관계 및 피고인들이 다른 경험 많은 회사들이 있었음에도 그들과의 계약을 배제하고 재정적으로 불리한 조건으로 S사에 하도급한 사실을 인정하면서, 피고인들의 행위가 A사를 손해발생의 비정상적 위험에 노출시켰고 S사가 기술력을 보유한 I사의 지원을 확보했다라도 비정상성의 상쇄에 충분치 않다고 하여 회사재산남용죄 성립을 긍정하였고 이에 피고인들이 불복, 상고하였다. 그러나 파기원은 A사 등의 이사인 피고인들이 행위 당

997) B. Bouloc, 앞의 글, 단락 96; D. Rebut, 앞의 글, 단락 64.

998) Crim. 10 novembre 1964, n°64-90.071; Crim. 3 mai 1967, n°66-92.965; Crim. 24 mars 1969, n°67-93.577; Crim. 16 mars 1970, n°68-90.226; Crim. 8 décembre 1971, n°70-93.020; Crim. 16 décembre 1975, n°75-91.045 등. 제2장 제1절 제4항 II 참조.

999) Crim. 16 janv. 1989, n°87-85.164; W.Jeandidier. 앞의 글, 단락 33; B.Bouloc, 앞의 글, 단락 96; D.Rebut, 앞의 글, 단락 61.

1000) CA Paris 24 févr 1987.

시에 S사에 대해서 갖는 사적 이해관계 등에 관한 원심판결의 인정사실을 전제하더라도, A사 등이 S사와 체결한 계약에 내재된 손해발생의 위험이 ‘시장의 본성에 내재하는 위험과 구별되는 어떤 비정상적 위험(*un risque anormal distinct du risque inhérent à la nature du marché*)’을 회사에 야기하지 않는 것이라면 피고인들에게 회사재산남용죄가 성립될 수 없다고 판시하여, 회사재산남용죄의 성립을 긍정한 원심판결을 파기환송하였다.¹⁰⁰¹⁾ 이 판결은 이사의 경영상 활동에 대한 형법적 개입의 한계라는 관점에서 학설의 지지를 받는다. 행위시에 ‘시장의 본성에 내재하는 위험’을 초과하는 위험의 발생을 요구하여 비정상적 위험의 판단기준을 확립하고,¹⁰⁰²⁾ 경영실패라는 사후적 결과로부터 회사재산남용죄의 불법을 역추정할 우려를 법리적으로 제거하였다고 평가된다.¹⁰⁰³⁾

다음으로 학설 중에는 일상적으로 위험에 노출되는 경영상 행위의 특성상 ‘노출되어서는 안되는 위험’ 또는 ‘시장의 본성에 내재된 위험과 구별되는 비정상적 위험’이라는 기준이 불충분하여 경제활동이 동 죄에 의한 처벌 압박에 영향받을 우려가 있다고 하면서, 강화된 기준으로서 ‘회사를 불필요하게 비정상적이고 ‘중대한’ 위험에 노출시킬 것’을 요한다는 견해가 주장된다. 이것이 이사가 행하는 일체의 행위에 대해서 시장의 위험보다 더 높은 위험에의 노출을 요구하는 것인가는 분명하지 않으나, 서두에 언급한 경영판단원칙 도입론의 ③유형으로 이해될 여지가 있다. 그러나 이에 대해서는 위와 같은 우려는 과도하며, 동 견해가 근거로 인용하는 하급심 판례들이 시장보다 가중된 위험을 요구하였다고 볼 실질이 없는 등 단지 용어의 변경에 불과하다는 비판이 제기된다.¹⁰⁰⁴⁾ 이러한 기준을 명시적으로 채택한 판례도 찾기 어렵고, 형사처벌의 제한은 사적인 이익추구 요건을 통해서 달성할 수 있다고 한다.

② ‘회사의 이익’ 판단 외에 ‘사적인 이익’ 추구 요건에 의한 가별성

1001) 항소심판결이 하도급계약의 서명일이 언제인가를 조사하지 않은 점에 대한 위법도 지적하고 있다.

1002) P. Bouzat, *Abus de pouvoir. Acte contraire aux intérêts de la société*, RTD com. 1990, 145. 및 P. Bouzat, “Abus de pouvoir. Abus de biens sociaux”, RTD Com. 1990. 504.

1003) B. Bouloc, 앞의 글, 단락 96.

1004) W. Jeandidier, 앞의 글, 단락 31.

제한 역시 학설에서 강조되고 있다.¹⁰⁰⁵⁾ 단순한 경영실패 사례에서는 이사가 사적인 이익의 추구 없이 행위한 점에서 사적 이익추구를 요하는 회사재산남용죄의 대상행위와 구별될 수 있다는 것이다. ‘사적인 이익’ 요건의 의의는 단순한 경영실패와 회사재산남용죄로 처벌되는 행위 간 경계획정은 물론, 이사 행위에 대한 민사책임과 형사책임의 성립 간 경계획정하는 점에서도 찾을 수 있다고 한다.¹⁰⁰⁶⁾ 이러한 설명은 단순한 경영실패=민사책임, 사적인 이익추구=형사책임이라는 등식으로 단순화할 수 있어 보인다.

그러나 파기원이 사적인 이익 개념을 광범위하게 해석함으로써 그 기능은 희석시키고 있다. 특히 파기원은 이익 개념에 정신적 이익도 포함 된다는 입장을 확고히 함으로써, 이사가 타인과 사이에 원만한 사업상 관계 유지¹⁰⁰⁷⁾, 친목관계 도모¹⁰⁰⁸⁾, 영향력 있는 유력인사와 관계유지¹⁰⁰⁹⁾ 등을 위한 행위들을 모두 이사의 사적 이익추구 행위에 포함하고 있다. 이에 학설에서는 판례가 사적인 이익 요건을 희석함으로써 구성요건의 광범위성을 통제하기 어렵게 되었으며, 동 죄가 빈번하게 경영상 과오에

1005) 예컨대 Rebut 교수는 사적 이익추구를 특별고의로 파악하는 입장에서 다음과 같이 서술한다(팔호는 필자가 보충함).

“경영활동은 위험을 포함하는 결정을 빈번하게 요구한다. 오직 위험평가에 처벌을 의존하는 경우 형사법원이 주의하지 않으면 (이사가 적극적 위험감수를 회피하는) 편의주의적 판단을 촉진하는 퇴행을 초래할 수 있다. 이것이 바로 형사법원이 경영활동의 ‘사적 이익관련성 요건’의 가치를 수호하여야만 하는 이유이다. 오직 그것만이 위험에의 노출에 기반한 평가에 내재한 본질적 불확실성을 보완할 수 있다... 회사에 의한 위험감수 개념의 모호함이 경제활동을 마비시키지 않도록, 관련자들로 하여금 두려움에 떨게 하여서는 안된다. 따라서 그러한 위험감수행위는 오직 사적인 이익이 추구된 경우에만 (형사처벌 대상인 회사재산의) 남용이 될 수 있는 것이다” 라고 서술한다. D. Rebut, 앞의 글, 단락 58.

1006) 예컨대 Boulloc 교수는 사적 이익추구를 주관적 요건이 아닌 행위의 객관적 성격으로 파악하는 입장에서 “(회사재산의) 사용행위는 회사의 이익에 반하여야 하고 사적 이익을 향하여 수행되어야 한다. 결과적으로, 회사의 이익을 침해하는 행위가 무능한 대표이사에 의해 실행된 경우에는 민사책임을 구성할 수 있지만 형사책임을 구성하지는 않는다. 그리하여 민사책임에서 더 나아가 형사책임을 구성하려면, 직접 또는 간접적인 사적 이익에 대한 확인이 요구된다. B. Boulloc, 앞의 글, 단락 104.

1007) Crim, 9 mai 1973, Crim n°216.

1008) Crim, 8 décembre 1971, Bull Crim n° 346, Rev. Societies 1972. 514, note Boulloc; Crim 19 juin 1978, Bull Crim n°202; Crim 14 novembre 2007, n°06-87.378, Bull Crim n°282.

1009) Crim, 9 février 1987, Bull Crim n° 61; Crim 27 octobre 1997, No. 96-83,698, Bull Crim n° 352, Rev. companies 1997. 869, note Boulloc.

대한 처벌규정으로 활용되고 있다는 비판을 가하고 있다.¹⁰¹⁰⁾

③ 한편 개별사례에서 일부 판례 중에는 이사에게 일종의 재량이 인정될 수 있음을 긍정하는 표현을 사용한 것도 보인다. 예컨대 회사 비용으로 8,000명 이상의 샴페인을 구입하는 데에 13만 유로 이상을 사용하고, 이것이 경영상 필요에 의해서 고객 등에 대한 선물용으로 구입한 것이라고 주장한 사안에서, 원심은 이러한 행위가 이사의 재량으로 허용되는 것은 오직 회사의 목적의 관점에서만 허용될 수 있다는 점을 설시하면서, 사안에서 그러한 점을 정당화할 수 있는 사정이 없는 이상 회사재산 남용죄가 성립한다고 판시하였다. 피고인이 상고하였고, 파기원¹⁰¹¹⁾은 원심의 설시를 인용하면서 피고인의 상고를 기각하였다. 이 판례는 경영상 재량의 개념 자체를 부정하지 않으면서도 미래예측적 결정이 아닌 일반적인 경영상 결정이 문제된 이 사안에서 그러한 재량을 인정하지 않았고, 한편 회사의 목적에 부합하는 사용을 정당화하는 사정의 증명책임을 피고인에게 부과¹⁰¹²⁾하고 있다. 이로써 경영상 결정이라는 주장만으로는 적법성의 추정효과가 인정되지 않음을 보여주는 판례이기도 하다.

요컨대 프랑스에서 경영상 결정에 관한 고려로서 가장 큰 의미를 갖는 것은 ‘회사의 이익’에 반하는가 여부의 판단에서 ‘시장에 본질적으로 내재한 위험’을 허용하는 판례의 법리이다. 더 나아가 중대한 위험을 창출한 경우에 형사처벌이 한정되어야 한다는 견해가 주장되나 큰 지지를 얻지는 못하고 있다. 예측적 결정이 아닌 일반적인 경영행위의 사례에서 이사의 재량 인정을 시사하는 일부 판례도 있으나, 피고인이 회사의 목적에 부합하는 사용이었음을 입증하여야 한다고 함으로써 적법성 추정을 배제하고 있다. 또한 ‘사적인 이익’의 적극적 필터기능이 기대

1010) D. Rebut, 앞의 글, 단락 59.

1011) Crim. 30 janvier 2019, n°17-85.304; Revue des sociétés 2019, 540 note B. Bouloc. “la consommation de bouteilles de champagne au sein de la société ou leur utilisation comme cadeaux ... ne peut être considérée que comme marginale au vu de l'objet social de la société ”라고 설시한 원심의 설시를 인용하고 있다.

1012) 이것은 비자금 사용이 문제되는 사례에서 사익추구 요건에 대한 파기원의 태도 (Crim 11 Jan. 1996, n° 95-81.776, Bull Crim n°21, Rev. companies 1996. 586, note Bouloc)인바, 이 사건에서 인용판례로 언급되고 있다. 이를 지적하는 B. Bouloc, 위의 글, note 참조. 무죄추정의 원칙에 반한다는 비판도 제기된다. B. Bouloc, 앞의 글(주 4), 단락 108.

되었으나, 파기원이 동 요건을 넓게 해석하여 기능이 희석되어 있기 때문에 최초 기대했던 필터기능에는 미치지 못하고 있다.

국내의 일부 견해는 회사재산남용죄에 관한 정당화사유로 판례를 통해 형성된 이른바 Rozenblum 판결 법리를 프랑스의 경영판단 원칙으로 소개하기도 한다. 그러나 이는 기업집단내 회사 간 행위라는 특수한 상황에서 일정한 조건 하에 회사재산남용죄의 성립을 부정하는 법리인바, 이사가 행하는 판단 자체의 특수성보다는 기업집단 내의 일정한 조건 하의 행위라는, 행위를 정당화하는 특정 상황에 중점을 두는 점에서, 경영판단의 원칙과 동일시되기 어렵다.

(3) 프랑스형법에서 로젠블룸 판결에 의한 정당화사유 및 체계적 지위

프랑스 파기원은 로젠블룸 판결을 통하여 기업집단에서 회사재산남용죄의 정당화 요건을 제시한바 있다. 그런데 로젠블룸 판결에 의한 정당화사유(fait justificatif)¹⁰¹³⁾가 위치하는 구체적인 체계적 지위 또는 이론상의 근거에 대해서는 프랑스 형법학계에서도 견해가 대립한다.

과거에는 강요된 행위로 보는 견해¹⁰¹⁴⁾가 주장되었다. 지배회사가 집단의 이익을 위하여 종속회사에게 희생을 요구하는 경우에 종속회사 이사는 프랑스 형법전 122-2조의 강요된 행위에 해당하여 범죄의 주관적 요소가 소멸하고, 지배회사 이사도 집단 전체가 중대한 곤란에 처하여 부득이 자회사에 희생을 요구했을 때에는 강요된 행위로 인정될 수 있다는 것이다. 그러나 지배회사 임원의 행위를 강요된 행위로 볼 여지가 없고,

1013) 우리 형법에서는 위법성조각사유가 이것과 유사한 개념이다. 프랑스 형법에서는 위법성이 범죄성립 요건으로 되지 않기 때문에 정당화사유라는 용어가 일반적으로 사용되고 있다. 프랑스의 정당화사유(fait justificatif)와 일본 범죄체계의 위법성을 비교분석한 문헌으로, 末道康之, “フランス刑法と違法性の概念”, 南山法学 39卷 3・4号, 2016, 231면 이하 참조.

1014) J. Léute, La reconnaissance de la notion de groupe en droit pénal des affaires, JCP 1973,1, 2551, 단락 22; Boursier, *Le fait justificatif de groupe de sociétés dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité*, Rev. sociétés 2005, 주 190에서 재 인용. 강요된 행위는 엄밀히는 무담책사유(causes d'irresponsabilité pénale)이며 정당화사유에 포함되지 않는다. 다만 프랑스형법은 정당화사유와 무담책사유(우리의 책임조각사유)를 조문상 같이 배열(제122-1부터 제122-8)하고 있어 함께 논의되는 경우가 빈번하다. 이러한 입법에 대해서는 프랑스 내에서도 비판이 있다고 한다. 무담책사유라는 용어의 번역 및 내용의 상제는 末道康之, “フランス刑法と違法性の概念”, 南山法学 39卷 3・4号, 2016, 231면 이하 참조.

행위자의 선택의 자유가 완전히 박탈되어야 하는데 이 사안을 그렇게 보기는 어렵다는 비판이 제기된다.

이와 다른 견해로서, 실정법이 기업집단의 개념을 인정하므로 법령에 의한 행위(*le fait justificatif de la permission de la loi*)가 적용된다는 견해가 주장된다. 이 견해에 의하면 실정법에서 기업집단 개념이 법적으로 인정 되므로, 기업집단 간 일정한 요건을 충족하는 거래는 정당화사유인 법령에 의한 행위(구형법 제327조, 신형법 122-4조)로 정당화되고, 집단의 임원들은 집단이익을 위하여(*dans la perspective de l'intérêt du groupe*) 행위할 수 있다고 한다.¹⁰¹⁵⁾

또 다른 견해는 명시적으로 표현하지 않지만, 이 판결의 요건이 충족되는 경우의 논의를 ‘회사의 이익’에 위치¹⁰¹⁶⁾시키거나, 또는 사적 이익으로 보면서 사적 이익을 행위요건¹⁰¹⁷⁾으로 파악하는 등, 객관적 요건으로 위치짓는 경향도 보인다.

이와 관련하여 파기원 형사부 2000. 4. 18. 판결¹⁰¹⁸⁾ 및 그 원심은 회사집단에 의한 정당화의 법적 성질에 대한 법원의 입장을 간접적으로 시사한다. 사안은 회사에서 해고된 종업원(피고)이 앙심을 품고 기업집단소속회사 임원의 특정 행위를 회사재산남용죄로 고발한데 대하여 예심판사(*juge d'instruction*)가 불처벌결정(*non-lieu*)을 내림에 따라, 역으로 종업원이 형법 226-10조의 무고로 기소된 사건에 관한 것이었다. 원심은 무고죄가 인정되기 위해서는 고발 당시 고발자가 고발사실이 허위임을 알았어야 하는데, 원심은 예심판사의 불처벌결정은 고발사실이 허위(*faussetés des faits*)이기 때문이 아닌, 로젠블룸 법리에 따라 기업집단 소속회사 이사행위가 정당화되어 범죄성이 배제됐음을 이유로 한 것이므로, 무고죄가 성립하지 않고 임원 등이 부대사소(*action civile*)¹⁰¹⁹⁾에 의해 청

1015) 판례가 법령으로 취급될 수 있는가에 대해서는 논란의 여지가 없지 않지만, 이 견해가 가장 간명하면서도 아래 판결의 입장에서 간취되는 로젠블룸 법리의 체계적 지위와 부합할 것으로 본다. 다만 정진세, 앞의 글(주 7), 161면은 이 견해를 우리나라와 일본의 형법이론에서 말하는 ‘객관적 처벌조건(客觀的處罰條件)’과 유사하다고 평가한다.

1016) D. Rebut, 앞의 글, 단락 78 이하.

1017) B. Bouloc, 앞의 글, 단락 101-104 및 118 이하.

1018) Crim. 18 avril 2000, n° 99-83239: Boursier, *Le fait justificatif de groupe de sociétés dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité*, Rev. sociétés 2005, 주 70에서 재인용. 이 판결을 소개하는 국내 문헌으로 정진세, 앞의 글(주 7), 162면.

구한 손해배상청구는 이유 없다고 기각하였다. 임원은 항소심에 불복하여 상고하였으나 파기원은 상고를 기각하였다. 이같은 판단은 임원의 행위가 회사재산남용죄의 구성요건을 충족함을, 요컨대 기업집단 내부사정이라는 정당화가 없었으면 이사의 범행이 성립했을 것(l'infraction aurait été constituée)임을 의미하며, 따라서 로젠블롬 판결에 의한 정당화를 주관적 요건(élément moral)인 고의의 결여와 구별하는 입장으로 생각된다.

법인격준별론에 의하는 프랑스 법제에서 회사재산의 외부지원행위를 인식한 이사에게는 회사재산남용죄의 일반고의(dol general)가 인정되며, 기업집단내 회사의 임원은 언제나 계열회사 전체에 직접·간접의 이해관계가 있기 때문에 이미 특별고의(dol special) 충족도 전제되어 있으므로, 이를 고의 요건으로 보는 것은 부당하다.¹⁰²⁰⁾

(4) 관련문제 : 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015도12633 판결

한편 최근에 우리 대법원이 선고한 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015도 12633 판결은 완전자회사에 대한 하향식 지원행위가 문제된 사안에서, 기업집단 전체의 이익에 대한 고려를 배임의 고의를 부정하는 사유로 제시하고 있다. 이 판결은 아래와 같이 실시한다.

“기업집단의 공동목표에 따른 공동이익의 추구가 사실적, 경제적으로 중요한 의미를 갖는 경우라도 그 기업집단을 구성하는 개별 계열회사는 별도의 독립된 법인격을 가지고 있는 주체로서 각자의 채권자나 주주 등 다수의 이해관계인이 관여되어 있고, 사안에 따라서는 기업집단의 공동이익과 상반되는 계열회사의 고유이익이 있을 수 있다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5214 판결 참조). 이와 같이 동일한 기업집단에 속한 계열회사 사이의 지원행위가 기업집단의 차원에서 계열회사들의 공동이익을 위한 것이라 하더라도 지원 계열회사의 재산상 손해의 위험을 수반하는 경우가 있으므로, 기업집단내 계열회사 사이의 지원행위가 합리적인 경영판단의 재량 범위 내에

1019) 프랑스 부대사소제도에 관한 국내 문헌으로 김택수, “부대사소제도 도입방안 연구”, 형사법연구 제22권 제1호(2010 봄, 통권 제42호), 한국형사법학회, 273면 이하.

1020) Boursier, 앞의 글, 292-293(단락 50).

서 행하여졌는지 여부는 신중하게 판단하여야 한다.

따라서 동일한 기업집단에 속한 계열회사 사이의 지원행위가 합리적인 경영판단의 재량 범위 내에서 행하여진 것인지 여부를 판단하기 위해서는 앞서 본 여러 사정들과 아울러, 지원을 주고받는 계열회사들이 자본과 영업 등 실제적인 측면에서 결합되어 공동이익과 시너지 효과를 추구하는 관계에 있는지 여부, 이러한 계열회사들 사이의 지원행위가 지원하는 계열회사를 포함하여 기업집단에 속한 계열회사들의 공동이익을 도모하기 위한 것으로서 특정인 또는 특정회사만의 이익을 위한 것은 아닌지 여부, 지원 계열회사의 선정 및 지원 규모 등이 당해 계열회사의 의사나 지원 능력 등을 충분히 고려하여 객관적이고 합리적으로 결정된 것인지 여부, 구체적인 지원행위가 정상적이고 합법적인 방법으로 시행된 것인지 여부, 지원을 하는 계열회사에 지원행위로 인한 부담이나 위험에 상응하는 적절한 보상을 객관적으로 기대할 수 있는 상황이었는지 여부 등까지 충분히 고려하여야 한다. 위와 같은 사정들을 종합하여 볼 때 문제 된 계열회사 사이의 지원행위가 합리적인 경영판단의 재량 범위 내에서 행하여진 것이라고 인정된다면 이러한 행위는 본인에게 손해를 가한다는 인식하의 의도적 행위라고 인정하기 어려울 것이다.”

이 판결은 로젠블룸 판결에서 실시한 요건을 고의의 판단인자로 나열하고 있다. 그러나 이러한 판시의 타당성에는 의문이 있다. 로젠블룸 판결에서는 실시된 요건이 모두 충족될 때 형사처벌에서 배제되는 것과 달리, 이 사건 판시에서는 각각 고의판단의 간접사실에 불과하여 기업집단의 이익이 언제 적법하게 고려되는가의 경계를 설정하기 어렵다.¹⁰²¹⁾ 따라서 이러한 행위가 민사상 손해배상책임으로 문제될 경우 판단이 불분명할 수 있다. 또한 근본적으로는 회사에서 (지원에 따른) 재산유출을 인식하고 의도하였음이 명확함에도 어째서 고의가 부정되는가 명확하지 않다. 나아가 로젠블룸 판결 자체가 수범자의 예측가능성이 낮다고 비판되는바 이를 고의로 취급함으로써 양 불확실성을 융합한 결과가 되었다.

따라서 경제적 효율성 등을 고려하여 배임죄가 성립하지 않는 계열사

1021) 역시 이 점을 지적하는 김주연, 앞의 글(주 7), 53면 참조.

지원행위의 근거는 고의의 부정이 아닌, 계열회사에 대한 지원이 본인인 회사의 입장에서 용인될 수 있는 임무수행이라는 측면에서 찾아야 한다. 결국 이것은 임무위배행위의 요건에서 해결될 수 있고 해결되어야 한다.

4. 일본의 논의

(1) 이사의 손해배상책임과 경영판단

일본에서도 이사의 책임과 관련하여 경영판단의 원칙을 명시한 실정법상의 규정은 존재하지 않는다. 다만 최고재판소 판례에는 이사의 민사 및 형사책임에 대해서 각 경영판단이라는 용어를 사용하거나 학계로부터 그러한 취지가 반영되었다고 평가되는 판례들이 다수 있다.

우선 회사법상 이사의 손해배상책임에 관련하여, 경영판단원칙은 이하에 보듯 주로 이사의 회사 등에 대한 손해배상책임의 요건인 ‘임무해태’ 판단에서 논의된다. 일본 회사법에서 임무해태의 판단에 대한 판례 및 통설은 임무해태에서 법령위반과 일반적인 선관주의의무위반을 구분하고 법령위반의 경우 선관주의의무위반 여부를 묻지 않고 곧바로 임무해태가 인정된다는 입장이다. 이에 경영판단은 법령위반을 제외한 선관주의 위반의 국면에서만 문제된다.

일반적 선관의무위반에 경영판단원칙을 채택했다고 평가되는 최초의 판례는 이른바 노무라증권 손실보전 주주대표소송 사건의 1심판결이다. 이 판결에서 동경지방법재판소¹⁰²²⁾는 경영판단이 문제되는 영역을 전문적,

1022) 東京地判平成 5. 9. 16 民集 54卷 6号 1798. 피고들인 노무라증권의 이사들이 동경방송과의 거래관계를 유지 및 확대할 목적으로 동경방송의 특정금전신탁계좌에서 발생한 3억 6000만엔의 손실을 회사의 자금으로 보전하여 준 것에 대해 노무라증권의 주주인 원고들이 노무라증권에 대해 이사들에 대한 책임을 추궁할 것을 청구하였으나 거절당하자 주주대표소송을 제기한 사안이다. 판시사항 주요부분을 인용하면 다음과 같다.

“기업의 경영에 관한 판단은 불확실하면서 유동적이며 복잡하고 다양한 여러 요소를 대상을 한 전문적, 예측적, 정책적 판단능력을 필요로 하는 종합적 판단이므로 그 재량의 폭이 당연히 넓게 되고, 이사의 경영판단이 결과적으로 회사에 손실을 가져왔더라도 그것만으로 이사가 필요한 주의를 태만히 하였다고 단정할 수 없다...(중략)... 이와 같은 경영판단의 성질에 비추어보면 이사의 경영판단의 당부가 문제되는 경우 이사라면 그 때 어떠한 경영판단을 했어야 하는가를 우선 고려한 다음 이것과의 대비에 의하여 실제로 행해진 이사의 판단의 당부를 결정하는 것은 상당하지 않고, 오히려 법원으로서도 실제 행해진 경영판단 자체를 대상으로 하여 그 전제가 된 사실의 인식에 대하여 부주의한 잘못이 없었는가, 또한 그 사

예측적 판단으로 전제하고, 사실의 인식(정보수집,조사) 및 그에 기초한 의사결정의 과정에서 현저한 불합리가 있는가를 기준으로 판단되어야 한다고 실시하였다. 이 판결은 항소¹⁰²³⁾ 및 상고¹⁰²⁴⁾을 거쳐 확정되었다.

이 판결은 ① 경영판단의 전제인 사실인식의 과정, ② 사실인식에 기한 의사결정의 과정 및 내용이라는 이원적 기준을 최초로 제시했다고 평가되며¹⁰²⁵⁾ 이후 동일한 취지의 하급심 판결들¹⁰²⁶⁾이 다수 나타났다. 그러나 최고재판소 차원에서 경영판단원칙이라는 용어가 명시적으로 언급되지는 않았다.

최고재판소에서 경영판단원칙을 처음 언급한 것은 형사판결인 ‘北海島拓殖은행’ 사건판결¹⁰²⁷⁾이었다. 이후 최고재판소는 민사에서도 ‘경영상의 전문적인 판단...(중략)...그 결정의 과정, 내용에 현저하게 불합리한 점이 없는 한, 이사로서의 선관주의의무에 위반한 것은 아니다’¹⁰²⁸⁾라고

실에 기초한 의사결정의 과정이 통상의 기업인으로서 현저히 불합리한 점이 없었는가라는 관점에서 심사를 하여야[한다]” 이러한 법리 하에 거래관계 유지, 확대를 도모하여 손실보전으로 나아간 이사의 행위에 있어서 전제가 된 사실의 인식에 부주의한 잘못이 있다거나 의사결정 과정이 현저하게 불합리하여 허용되는 재량의 범위를 일탈했다고 할 수 없어 이사의 의무위반이 인정되지 않음을 이유로 원고의 청구를 기각하였다.

1023) 東京高判平成 7. 9. 26 平成 5 年(ネ)第4998号・平成6年(ネ)第1809号・平成 5 年(ネ)第3788号.

1024) 最決平成 12. 7. 7 平成8年(オ)第270号. 다만 상고심에서는 선관주의의무위반이 아닌 법령위반 및 그에대한 고의·과실의 존부가 쟁점이었다. 이를 소개한 국내의 문헌으로는 강동범, “배임죄 성립범위에 관한 연구Ⅱ: 소위 경영판단 원칙의 도입 반대와 대안 중심으로”, 2015. 12, 53-55면 참조.

1025) 川井信之, “裁判所における「経営判断の原則」の判断基準の変化”, 2013. 9, 1면; 강동범, 위의 글, 54면 주 197에서 재인용.

1026) 예컨대 ‘해당 판단을 하기 위해서 당시의 상황에 비춰서 합리적인 정보수집, 분석, 검토가 이루어졌는가 여부 및 이를 전제로 한 판단의 추론과정 및 내용이 명백히 불합리한 것인가’라는 기준이다. 東京地判 平成14年4月25日 判時一九七三号 140 頁 등.

1027) 最決平成 21. 11. 9 平成18年(あ)第2057号. 충분한 담보 등 없이 대출을 승인한 북해도척식은행 이사의 특별배임죄 성부가 문제되었다.

1028) 最決平成 22. 7. 15 平成21年(受)第183号. 다만 이 판결의 구체적인 판시(‘경영상의 전문적 판단...(중략)...주식의 매수가격을 1주당 5만엔으로 결정한 것이 현저히 불합리한 것은 아니다...(중략)...그 결정과정에서도 어떤 불합리가 보이지 않는다’)를 보면 의사결정의 과정 및 내용의 판단 시, 내용에 대해서는 현저한 불합리 여부를, 과정에 대해서는 단순한 불합리를 기준으로 판단하고 있다고 볼 여지가 있음이 지적되고 있다. 大杉謙一, “役員の責任: 経営判断原則の意義とその射程”, 江頭憲治郎編, 株式会社法大系, 2013, 312면.

표현하여 경영판단원칙을 언급하기에 이르고 있다. 그러나 미국의 경영판단원칙이 기업가정신 촉진이라는 정책적 고려하에 이사의 행위가 절차상 일정요건을 충족한 때 내용에 대한 사법 판단을 자제하는 것이 핵심인 반면, 일본의 경영판단원칙은 경영판단의 내용에 대한 법원의 심사를 긍정하는¹⁰²⁹⁾ 점에서 양자는 근본적 차이가 있다. 결국 일본의 경영판단원칙은 이사의 주의의무위반 판단에 있어 이사에게 허용되는 재량범위 확정의 문제이며, 기업가정신 촉진이라는 정책적 고려가 아닌 단지 전문가 배상책임의 관련영역 중의 하나로 이사의 주의의무판단기준을 구체화한 것에 불과하므로 특별히 경영판단원칙이 인정된 것으로 보기 어렵다는 견해도 주장된다.¹⁰³⁰⁾

(2) 이사의 형사책임과 경영판단

이사의 특별배임죄에 관한 경영판단 원칙의 적용은 주로 불량대출의 사안에서 논의된다. 최고재판소의 민·형사 판결 중 경영판단의 원칙을 최초로 언급한 것은 2009년의 형사판결인 이른바 ‘북해도척식은행’ 사건이다.¹⁰³¹⁾ 피고인은 주식회사 북해도척식은행의 대표이사로서, 동 은행은 1983년부터 이미용업, 부동산임대업 등을 경영하는 A사에 대해 대출을 개시하고 신흥기업육성 대상기업으로 적극 지원하였으나 대출금으로 건립한 레저시설이 기대와 달리 매출이 감소하고 호텔업도 수익이 기대에 미치지 못하여 매출이 최초 예상의 절반에 불과하였으며, A사가 추진한 종합개발계획사업은 대상부지 중 매수하지 못한 부분이 많고 계획의 내용도 확정되지 않은 등 큰 문제가 있었다. 이런 상황에서 A사의 자산 및 경영상태가 급속히 악화되어 적자보전을 위한 추가대출을 받지 않으면 곧바로 도산할 상태에 도달하였는데, 그럼에도 피고인이 A사에 대하여 실질적으로 담보 없이 대출을 실행한 행위가 문제되었다.

최고재판소는, “은행의 이사가 부담하여야 할 주의의무에 대해서는, 일반 주식회사 이사와 마찬가지로, 수입자의 선관주의의무(민법 제644조) 및 충실의무(2005년 개정 전의 상법 제254조의3, 회사법 제355조)를 기본

1029) 品田智史, “不正融資に対する刑事責任”, 阪大法学 61卷 3,4号, 2011. 11, 238면.

1030) 森田果, “わが国に経営判断原則は存在していたのか”, 旬刊商事法務 1858号, 2009, 4면.

1031) 最決平成 21. 11. 9. 平成18年(あ)第2057号.

으로 하면서도, 이른바 경영판단의 원칙이 적용될 여지가 있다.” 고 판시하여 일반적인 주식회사 이사가 부담하는 주의의무 및 경영판단의 원칙을 언급하고 있다. 다만 이 사건과 같은 은행이사의 주의의무 및 경영판단원칙에 관하여는, “은행업이 많은 예금자로부터 자금을 모아 이것을 원 자본으로 하여 기업 등에 융자하는 것을 본질로 하는 면허사업인 점, 은행의 이사는 금융거래의 전문가이고 그 지식경험을 활용하여 융자업무를 할 것이 기대된다는 점, 은행경영이 파탄하거나 위험에 빠지는 경우에는 예금자 및 융자대상을 비롯하여 사회 일반에 광범위하고도 심각한 혼란을 발생시키는 점 등을 고려하면, 융자업무를 처리할 때에 요구되는 은행의 이사의 주의의무의 정도는 일반 주식회사 이사의 경우에 비하여 높은 수준의 것이라고 해석되고, 상고이유서에서 말하는 경영판단의 원칙이 적용될 여지는 그만큼 한정적인 것에 그친다” 라고 판시하여, 은행 등 금융기관 이사의 대출업무에 대해서는 경영판단원칙의 적용이 한정됨을 제시하고 있다. 위 판례는 일반회사 이사의 특별배임죄 판단에서 경영판단의 원칙이 고려될 수 있되 그것이 임무위배 요건의 문제임을 전제하고, 다만 은행 등 금융기관 이사에 대해서는 그러한 고려가 한정된다는 것으로 요약된다.

이에 대해서는 최고재판소가 종래 명언하지 않았던 경영판단의 원칙이라는 용어를 처음으로 정면에서 언급한 획기적인 판례라는 평가¹⁰³²⁾ 및, 경영판단원칙의 사법상 도입 또는 형사판결상 경영판단원칙이라는 용어의 사용만으로는 배임죄의 요건판단에 특별히 변경되는 점이 없고, 원래 배임죄의 판단에서 고려되어 온 요소를 구체화한 것에 지나지 않는다¹⁰³³⁾는 상반되는 평가가 제시된다.

특별배임죄에 관한 판례가 많지 않은 일본이기 때문에 판례의 태도를 일반화하는 데에는 한계가 있다. 그러나 위 판례가 경영판단의 원칙에 의하여 이사의 재량을 넓혀 무죄판결한 사안이 아닌 점, 따라서 굳이 경영판단의 원칙을 원용할 필요도 없었다는 점이 지적될 수 있다.¹⁰³⁴⁾ 그렇

1032) 岩原紳作, “特別背任罪における取締役としての任務違背”, JURIST 第1422号, 2011, 137면.

1033) 品田智史, 앞의 글(주 1029), 244면.

1034) 이는 이 판례의 보충의견에서도 설시되고 있다. 이를 지적하는 견해로 山口厚 외, 앞의 글(좌담회)(주 376), 138-140면.

다면 이 판례는 경영판단원칙에 의한 이사행위의 특별취급보다는, 일단 경영판단의 문제를 이사의 ‘임무위배’의 차원으로 위치설정 한 점에 더 큰 의미가 있다고 본다.

Ⅲ. 우리의 학설과 판례

1. 학설

이사의 경영상 행위에 대한 배임죄 성부를 논의함에 있어서 경영판단에 대한 접근방식은, 크게 경영판단의 특수한 고려를 긍정하는 입장과 부정하는 입장의 두 가지로 구분할 수 있다. 각 입장 내에서는 다시 그 형법체계적 지위에 관하여 서로 다른 입장이 병존한다.

(1) 경영판단의 특수한 고려를 긍정하는 견해

① 임무위배행위 문제로 접근하는 입장

경영판단에 대하여 임무위배행위 요건에서 특별한 고려를 수행하려는 입장은 주로 임무위배의 중대성 개념의 수용을 주장한다. 우선 경영판단은 임무위배성이 인정되는 경우에도 임무위배의 ‘중대성’이 부정된다는 견해가 주장된다.¹⁰³⁵⁾ 상법상 의무위반이 배임죄의 임무위배의 필요충분조건이 될 수는 없다는 전제에서 상법상 의무의 중대한 위반 또는 형법적으로 중대한 의무위반인 때에만 처벌되어야 하며 경영판단은 의무위반의 중대성을 부정하는 요소라는 것이다. 결국 이는 이사의 상법상 의무위반 중 경영판단은 의무위반의 중대성이 없어 배임죄의 임무위배행위가 될 수 없다는 취지로 보인다. 이사의 경영상 행위를 모험거래로 바라보는 시각에서 ‘중대한 의무침해’가 인정될 때에만 배임죄의 임무위배행위성이 긍정된다는 견해¹⁰³⁶⁾ 또는 합병형 LBO의 사례에서 중대한 임무위배가 요구된다고 하는 견해¹⁰³⁷⁾ 역시 여기에 포함될 수 있다고 본다.

한편 임무위배행위의 유형을 절차하자형과 리스크 오류형으로 나누고, 절차하자형의 경우 경영판단원칙이 작동할 수 있는 여지가 작지만 리스크 오류형의 경우 경영판단원칙의 작동 가능성이 크다고 보는 견해¹⁰³⁸⁾

1035) 이정민, 앞의 글(주 757), 54면.

1036) 강동욱, 앞의 글(주 758), 7면.

1037) 이승준, 앞의 글(주 759), 97면.

역시 임무위배행위 요건에서 경영판단의 특수한 취급을 시도하고 있다.

② 고의 문제로 접근하는 입장

경영판단원칙의 범죄체계론상 위치에 관한 문제는 당위가 아닌 정책의 문제라는 전제에서, 배임죄의 고의를 부정할 경우 배임죄의 미수범 성립도 배제되어 가벌성을 완전히 소멸시킬 수 있고, 간접증거에 의하여야 하는 고의판단의 구조적 특징은 경영판단에 이르기까지의 객관적 과정들을 요소로 고려하는 경영판단원칙과 잘 부합될 수 있으므로 경영판단원칙은 고의문제로 다뤄야 한다는 견해가 주장된다.¹⁰³⁹⁾ 경영판단원칙에는 일정 요건을 충족하는 경우 의도적 고의를 배제하는 안전항의 효과가 인정될 수 있다고 하면서, 그러한 요건으로서 1) 충분한 정보수집과 합리적 근거에 의한 경영전략적 판단(판단합리성의 요청) 및 2) 관련법을 위반하지 않은 경영전략적 판단(합법경영의 요청)을 제시한다.

이와 달리 의도적 고의배임은 경영판단에 의하여 정당화되지 않는다는 전제에서, 경영판단원리는 배임죄를 성립시키는 경영자의 고의를 의도적 고의에 한정하는 고의의 제한원리로 기능하는 견해도 주장된바 있다.¹⁰⁴⁰⁾

위험이 내재된 경영활동을 수행하는 이사로서는 행위시 성실한 판단에 따라 행위하면서도 결과적으로 본인에게 손해가 발생할 수 있다고 인식할 수도 있다는 점에서, 미필적 고의만으로 업무상배임죄를 인정함은 고의요건을 통한 업무상배임죄의 가벌성 제한을 포기한 것이나 다름없게 된다고 하면서, 임무위배행위에 대한 의도적 고의는 업무상배임죄를 고의범으로서 과실책임을 포함하는 민사상 손해배상책임과 확연히 구별시켜주는 특징이고, 이것이 형법의 보충성에도 부합한다¹⁰⁴¹⁾는 것이다.

③ 위법성 문제로 접근하는 입장

이사의 모험적 거래행위가 결과적으로 회사에 손해를 발생시키더라도 ‘정상적이고 양심적인 경영자에게 요구되는 주의’로 행위한 이상, 이

1038) 이정민, “경영판단원칙과 업무상 배임죄”, 형사정책연구 vol.72, 2007, 175-182면.

1039) 이상돈·지유미, 앞의 글(주 957), 61-74면.

1040) 이규훈, “업무상배임죄와 경영판단”, 형사판례연구 (한국형사판례연구회, 2005), 제13호, 344-345면.

1041) 위의 글. 그러나 이규훈, “업무상배임죄와 합법적 기업활동의 경계에 관한 판례의 경향”, 형사법 실무연구 II, 제133집, 법원도서관, 2016, 453면은 “따라서 경영판단에 있어서는 업무상배임죄의 고의는 일반적인 고의와 다를 것이 없다”고 하여 종래의 견해를 변경하고 있다.

는 정당한 업무수행의 범위 내로서 형법 제20조의 정당행위 중 업무로 인한 행위에 해당하므로 위법성이 조각된다는 견해¹⁰⁴²⁾도 주장된다.

④ 배임죄 해석의 전체적 제한원리로 접근하는 입장

형사법상 무죄추정의 원칙 및 ‘의심스러운 때는 피고인의 이익으로’ 원리는 (민사소송의 원고에 대응하는 소송주체인) 검사에게 합리적 의심의 여지 없는 정도로 공소사실을 증명할 것을 요구하므로 민사법상 경영판단원칙의 추정적 효과는 형사법에도 충실히 부합될 수 있다고 하면서, 이처럼 동 원칙은 형사법분야와도 밀접한 관련이 있을 수 있으므로 배임죄에서는 경영자에 대한 업무상배임죄 성립을 제한하는 것으로 해석되어야 한다는 견해이다. 경영판단원칙은 이사의 배임죄 성부에 있어서 이사에게 과중한 책임이 부과되지 않게 하는 한계원리라고 한다.¹⁰⁴³⁾

(2) 형법의 일반법리로 해결하려는 견해

① 임무위배행위의 일반법리로 접근하는 견해

학설 중에는 이사의 성실하고 공정한 경영판단은 임무위배행위에 해당하지 않는다고 보아야 한다는 견해가 주장되고 있다.¹⁰⁴⁴⁾

한편 이사의 경영행위가 창출하는 위험의 허용 또는 위험차단의 조건으로서 ‘정보의무’의 이행에 주목하여, 경영자가 행위 시에 알 수 있었던 정보를 바탕으로 합리적으로 내린 결정은 재산보호의무의 위반이 아닌 점에서 임무위배성이 부정되고, 이것 없이 실행한 재산관련 행위는 임무위배성이 긍정된다는 견해가 주장된다.¹⁰⁴⁵⁾ 배임죄의 구성요건행위인

1042) 임중호, “주식회사 이사의 반자본단체적 행위에 대한 형사책임”, 현대의 형사법학 (익헌박정근박사 화갑기념논문집, 1990, 681면; 김홍기, “경영판단기준의 명료화와 운용방안에 관한 연구”, 경제법연구 제12권 제2호, 2013, 207면. 오영근, “신주 등의 저가발행과 배임죄의 성립 여부”, 542면도 부분적으로 이를 긍정한다.

1043) 이경렬, “경영판단의 과오와 업무상배임죄의 성부”, 법조 (법조협회, 2006), 제55권 제12호, 2006, 146-147면 및 156면; 박미숙, “경영판단과 배임죄의 성부”, 형사판례연구 [15], 형사판례연구회, 2007, 216면.

1044) 강동범, “이사의 경영판단과 업무상 배임”, 이화여대 법학논집, 제14권 제3호, 2010, 34면 이하; 오영근, “배임수재액의 산정 및 배임죄에서 경영판단원칙”, 로앤비 천자평석(대법원 2019. 6. 13 선고 2018도20655 판결), 2020. 1. 12.

1045) 임철희, 앞의 글(주 902), 283면 이하. 정보의무가 아직 배임죄 일반에 있어서 임무위배행위 판단기준으로까지는 논의되고 있지 않으나, 경영판단원칙 수용에 대한 유보적 입장을 표현하고 있어 여기에 분류하였다. 경영판단원칙의 ‘수용’에 대한 유보적인 입장은 이 글 291면에 명시되어 있다.

임무위배행위는 객관적 귀속에서 말하는 허용되지 않는 위험을 창출하는 행위이므로 위험의 차단이 중요하게 검토되어야 하며, 경영판단의 문제는 배임의 고의 이전에 재산보호의무와 그 위반에 관해서 전개되어야 한다는 것이다. 이 견해는 경영판단원칙의 수용 없이도 정보의무가 임무위배행위의 판단기준으로 고려될 수 있음을 시사하고 있다.

한편 경영판단원칙에 대한 직접 언급이 없이, 주로 모험거래 논의에서 일정 조건하에 임무위배행위성을 부정하는 견해들 역시 넓은 의미에서는 여기에 포함될 수 있어 보인다.¹⁰⁴⁶⁾

② 임무위배행위 및 고의의 일반법리로 접근하는 견해

우선 적법한 경영판단은 임무위배행위에 해당하지 않는 경우가 대부분이고, 이사가 충실의무를 준수하여 한 행위는 재산상 이익의 취득이라는 구성요건표지가 충족되지 않을 수 있고 그 범위에서 배임죄 성립이 제한된다고 하면서, 경영판단원칙을 업무상배임죄 성부에 도입할 필요가 없다는 견해¹⁰⁴⁷⁾도 주장된다.

한편 경영판단과 배임죄의 임무위배행위 여부는 직접적 관련이 없고, 다만 경영판단자의 행위에 대한 위임자의 동의가능성이나 정보수집 등 경영판단의 절차에 대한 준수 여부가 ‘고의’ 행위로서 배임행위인가를 판단하는 간접적 척도가 될 수 있다는 견해¹⁰⁴⁸⁾ 역시 여기에 포함될 수 있어 보인다.

2. 판례

대법원은 업무상 배임죄에 관한 판결에서 경영판단이라는 용어를 사용하고 있으나, 그것이 업무상 배임죄의 일반법리와 구별되는 실질적 의미를 갖는가에 대해서는 평가가 일치하지 않는다. 판례는 주로 고의와 관

1046) 다만 이 입장들에서는 대체로 모험거래 논의와 경영판단원칙의 관계가 명시적으로 표현되어 있지는 않다. 모험거래와 경영판단원칙 논의를 동일 평면에서 검토하는 것으로는 예컨대 강동범, “배임죄 성립범위에 관한 연구 II” (주 1024), 81면 이하 및 안경옥, “경영판단행위에 대한 배임죄 성립의 가능성”, 경회법학 제41권 제2호, 2006, 152면 등. 이와 달리 모험거래 논의가 경영판단 논의와 구별되어야 한다는 입장으로는 이상돈·지유미, 앞의 글(주 957), 60면.

1047) 조기영, “배임죄의 제한해석과 경영판단의 원칙-경영판단원칙 도입론 비판-”, 형사법연구 제19권 제1호, 한국형사법학회, 2007, 97-99면.

1048) 김혜경, “경영판단의 원칙과 형법상 배임죄의 해석”, 비교형사법연구 제18권 제1호, 2016. 4, 246면 이하(특히 247면).

런하여 경영판단을 언급하나, 일반적인 대법원의 태도에 대한 종래 평가와 달리, 임무위배행위를 부정한 판례도 존재한다.

(1) 경영판단을 고려하여 임무위배행위를 부정한 판례

대법원의 판례 중에는 경영판단을 고려하여 임무위배행위성을 부정한 원심판결을 그대로 유지하면서, 임무위배행위성을 부정한 원심판결 설시를 적극적으로 인용하는 것이 보인다. 이러한 대법원 판결은 고의를 부정하는 일반적인 태도와는 크게 상반되는 것이다. 아래 판결¹⁰⁴⁹⁾에서 대법원은 이하와 같이 판시하고 있다.

“7. 피고인 2의 주식회사 플000엔터테인먼트(이하 ‘플000’라고 한다)에 대한 43억 원 지원 및 260억 원 보장 약정으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 대하여

가. 플000에 대한 43억 원 지원의 점에 대하여

원심은, 제1심의 채택 증거들에 의하여 그 판시와 같은 사실들을 인정한 다음, 회사의 대표이사가 합리적으로 이용 가능한 범위 내에서 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거친 다음 이를 근거로 회사의 최대 이익에 부합한다고 합리적으로 신뢰하고 신의성실에 따라 경영상의 판단을 내렸고, 그 내용이 현저히 불합리하지 않은 것으로서 통상의 대표이사를 기준으로 할 때 합리적으로 선택할 수 있는 범위 안에 있는 것이라면 비록 사후에 회사가 손해를 입게 되는 결과가 발생하였다 하더라도 그 대표이사의 행위는 허용되는 경영판단의 재량 범위 내에 있는 것이라 할 수 있는바, 피고인 2가 회사 가치를 극대화하려는 경영자의 처지에서 당시는 0000가 00과 사이의 포괄적 주식교환계약에 따라 00의 완전자회사가 될 상황이었는데 00이 2005. 5.경음반 사업을 주업으로 하는 00와 영상사업을 주업으로 하는 주식회사 00엔터테인먼트를 잇달아 우회 상장시킴으로써 회사의 전체 가치가 상승하고 있었고, 여기에 연예엔터테인먼트를 주업으로 하는 0000까지 흡수 합병할 경우 종합 엔터테인먼트 기업으로서 회사 전체의 가치를 급격히 높일 수 있는 기회가 될 수 있다고 판단하여 주요주주 및 재적이사 과반수의 동의를 얻은 후 추가 자금을 대여하여 주면서까지 기존 주식교환계약의 효력을 유지하려는 선택을 하였다면, 위와 같은 대여행위로 인하여 결과적으로 회사에 일부 손해를 입힌 결과를 가져왔다는 사정만으로 법적으로 허용되는 경영판단의 범위를 넘어섰다고 단정하기

1049) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2008도5399 판결.

어렵고, 달리 피고인 2에게 다른 임무위배행위가 있었다고 볼 만한 아무런 증거가 없다는 이유로, 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였다. 관계 증거를 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 검사의 상고이유 주장과 같은 법리오해의 위법이 없다.”

이 판결은 정보수집의 합리성과 의사결정과정의 합리성, 그리고 이사의 성실성이라는 요건을 충족한 경영상 판단은 그 내용이 현저히 불합리하지 않은 것으로서 통상의 대표이사를 기준으로 할 때 합리적으로 선택할 수 있는 범위 안에 있는 것이라면 그 행위의 임무위배행위성을 부정한 판결로 평가된다. 비교법의 관점에서는 일본 민사판결의 경영판단원칙에 대한 판단 및, 이른바 북해도척식은행 형사판결에서 일정한 조건하에 경영판단 행위의 임무위배성을 부정한 것과 큰 유사성을 보인다.

(2) 고의의 문제로 취급한 사례

경영판단의 문제를 고의로 접근하는 것이 우리 대법원의 일반적인 입장이라고 할 수 있다. 고의의 판단에서 경영판단을 고려한 대표적 판례로 꼽히는 대법원 2004.7.22. 선고 2002도4229 판결은 아래와 같이 판시하고 있다.

“경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 위와 마찬가지로 법리가 적용되어야 함은 물론이지만, 기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 아무런 개인적인 이익을 취할 의도 없이 선의에 기하여 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 결정을 내렸다 하더라도 그 예측이 빔나가 기업에 손해가 발생하는 경우가 있을 수 있는바, 이러한 경우에까지 고의에 관한 해석기준을 완화하여 업무상배임죄의 형사책임을 묻고자 한다면 이는 죄형법정주의의 원칙에 위배되는 것임은 물론이고 정책적인 차원에서 볼 때에도 영업이익의 원천인 기업가 정신을 위축시키는 결과를 낳게 되어 당해 기업뿐만 아니라 사회적으로도 큰 손실이 될 것이다. 따라서 현행 형법상의 배임죄가 위태범이라는 법리를 부인할 수 없다 할지라도, 문제된 경영상의 판단에

이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식(미필적 인식을 포함)하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 할 것이고, 그러한 인식이 없는데 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수는 없다 할 것이다.”

(3) 판례가 실시한 기준

경영판단을 고의의 고려요소로 실시하는 대법원의 일반적 판례들¹⁰⁵⁰⁾은, 경영상 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정을 고의판단의 기준으로 제시하고 있다.

그런데 이러한 기준은 배임죄의 고의를 판단하기에 앞서 임무위배행위의 요소로 검토될 수 있는 요소들이다. 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성은 ‘임무에 위배한 이익취득행위’로서 임무위배행위가 구비해야 할 당연한 속성이다. 또한 회사가 처한 경제적 상황과 판단에 이르게 된 경위와 동기 및 판단대상인 사업의 내용은 모두 구체적 상황에서 본인인 회사에게 이사의 결정에 대하여 객관적으로 추정되는 의사, 즉 ‘기업에 의한 용인가능성’을 결정하는 요소이며, 이사의 행위가 자기 또는 제3자의 이익취득 및 회사의 손실을 발생하였더라도 그것이 이러한 요소를 고려하여 판단되는 회사의 객관적 추정적 의사에 따른 용인범위 내에 있다면, 이는 이미 임무위배행위가 아닌 것이다.¹⁰⁵¹⁾

1050) 최정학, “업무상 배임죄와 경영판단의 원칙” 517면. 그 외 경영판단을 고의의 문제로 고려한 판결들로, 대법원 2004.10.28. 선고 2002도3131 판결; 대법원 2007.11.15. 선고 2007도6075 판결; 대법원 2008.5.29. 선고 2005도4640 판결; 대법원 2009.6.11. 선고 2008도4910 판결; 대법원 2010.1.14. 선고 2007도10415 판결; 대법원 2010.4.29. 2009도13868 판결; 대법원 2011.7.28. 선고 2010도7546 판결; 대법원 2014.6.26. 선고 2014도753 판결을 들 수 있다.

1051) 경영상 판단의 고려는 임무위배행위의 해석을 통해서 달성하여야 한다는 최근의 문헌으로 오영근, “배임수재액의 산정 및 배임죄에서 경영판단원칙”, 로앤비 천자평석(대법원 2019. 6. 13 선고 2018도20655 판결), 2020. 1. 12 참조.

IV. 검토

1. 논의의 범위

(1) 경영상 결정의 의미

우선 경영판단원칙의 논의대상으로서 ‘경영상 결정’의 의미 자체가 문제된다. 이것이 이사가 행하는 모든 결정을 의미하는가, 그렇지 않다면 특정한 성질을 갖는 결정에 한정되어야 하는가가 논의될 수 있다.

경영판단이라는 용어를 사용하는 우리 판례를 살펴보면, 경영판단을 언급하고 있는 결정 일반에서 문제된 이사의 행위가 갖는 어떤 특성이 간취되지 않는다. 이것은 우리 판례가 ‘경영판단’의 의미를 한정하지 않고, 피고인이 이사인 경우에 경영상 판단에 의하였음을 주장한 때에는 경영판단을 언급하기 때문으로 보인다. 그런데 판례는 정작 경영판단을 실시하여야 하는 판례에서는 실시하지 않는다. 예컨대 앞서 본 2013도 2858 판결의 아래 판시가 그러하다.

공소외 1 회사의 대표이사인 피고인은 공소외 2 회사로부터 엘이디 패키징 임가공을 도급받기로 한 후 그 도급받은 업무를 수행하기 위하여 독립된 회사로서 공소외 5 회사를 설립하도록 한 다음, 공소외 5 회사에 공장과 장비를 유상으로 대여하면서 공소외 2 회사로부터 도급받은 엘이디 패키징 임가공을 다시 공소외 5 회사에 하도급함으로써 공소외 2 회사에 대한 엘이디 패키징 임가공 매출의 5%에 해당하는 이익을 취득하는 과정에서, 공소외 5 회사의 엘이디 패키징 임가공 사업의 원활한 수행을 위하여 공장부지 매입자금과 공장설비 증설비용 등을 대여하고 공소외 5 회사가 공장부지 매입자금이나 공장설비 증설비용 또는 회사운영자금 등에 사용할 목적으로 금융기관으로부터 대출을 받을 때 연대보증 또는 담보제공을 하기도 한 것이었으므로, 공소외 5 회사가 공소외 1 회사로부터 차용한 자금과 금융기관으로부터 대출받은 자금을 모두 예정대로 공장부지 매입자금이나 공장설비 증설비용 또는 회사운영 등에 사용하면서 피고인의 계획대로 공소외

1 회사로부터 엘이디 패키징 임가공을 하도급받아 사업을 정상적으로 영위한 것으로 보이고, 달리 공소의 5 회사가 이미 채무변제능력을 상실하였거나 상실할 것으로 예상되기 때문에 그에게 자금을 대여하거나 그를 위하여 연대보증을 하거나 또는 담보를 제공할 경우 공소의 1 회사에 손해가 발생할 것으로 보이는 사정을 인정할 증거도 없는 이상, 피고인이 공소의 1 회사를 대표하여 공소의 5 회사에 자금을 대여하거나 공소의 5 회사를 위하여 연대보증을 하거나 또는 담보를 제공할 당시에 이로 인하여 공소의 1 회사에 손해가 발생하리라는 점을 알고 있었다고 보기 어렵고, 따라서 피고인의 위와 같은 자금대여나 연대보증 또는 담보제공이 곧 공소의 1 회사에 대한 업무상 배임행위가 된다고 단정할 수도 없다.”

경제활동에 대한 배임죄의 적용이 문제되는 이유는 통상 경제활동에 내재된 본질적인 손해발생의 위험 때문으로 설명된다. 앞서 본 각국의 입법례에서는 그것이 입법¹⁰⁵²⁾이든, 판례¹⁰⁵³⁾ 또는 정책¹⁰⁵⁴⁾이건 간에 경영활동이 장래를 향한 불확실성으로 인해 사후적으로 경영실패로 귀결된 발생한 사례를 처벌범위에서 배제하는 입론들이 제시되고 있다. 이것은 환언하면 이른바 경영판단에 의한 보호가, 결과가 불확실한 미래예측적인 행위를 대상으로 함을 의미한다. 그리고 이러한 미래 예측적 행위, 장래 이익 또는 손실을 발생할 것인가가 불확실한 성격을 갖는 것이어야 한다. 경영판단의 전제를 예측적, 전문적, 정책적 결정의 영역으로 명시한 일본의 판례는 경영상 결정에 대한 사법적 자제가 논의되어야 할 대상에 대한 핵심을 꿰고 있다.

따라서 경영상 행위의 업무상 배임죄 성부를 판단함에 있어서는 이사의 행위가 문제되는 일체의 사안이 아닌, 적어도 행위시점에서 손익판단의 결과발생 예측이 불확실한, 장래 예측적, 전문적 특성을 구비하는 영역으로 논의대상을 한정할 필요가 있다. 대법원이 경영판단을 고의에서

1052) 예컨대 위험감소절차로서 정보수집 및 조사검토의 이행을 안전향으로 입법한 독일 주식법 제93조 제1항 제2문.

1053) 예컨대 경영판단의 전제를 전문적, 예측적, 정책적 결정의 사안으로 한정한 東京地判平成 5. 9. 16 民集 54卷 6号 1798.

1054) 예컨대 경영자의 전문적 판단을 존중하여야 한다는, 미국에서 경영판단의 사법자제의 정책적 근거.

고려하는 태도를 유지한다면, 경영판단이 문제되는 모든 사안에서 경영판단을 언급하기보다는 일정한 성격을 충족하는 경영판단만이 경영상 결정으로서 고의의 판단요소로서 고려될 수 있고 구체적 사안에서 그러한 고려가 허용되는 사안인가를 분명히 실시하는 것이 필요하다고 본다.¹⁰⁵⁵⁾

(2) 횡령죄와 경영판단

횡령죄는 배임죄와 본질이 동일하고 객체에 의해서 구분될 뿐이다. 이러한 의미에서는 배임죄 및 횡령죄 모두에 대해서 경영판단원칙의 적용을 시도하는 견해¹⁰⁵⁶⁾의 합리성이 인정될 수 있다. 다만 배임죄에 경영판단원칙을 적용할 필요가 없다면 같은 이유에서 횡령죄에도 동 원칙을 도입할 필요는 없을 것이다.

2. 임무위배행위의 해석을 통한 ‘경영판단’ 흡수

사실 경영판단을 고의부정의 요소로 고려하는 판례의 입장 역시 일반적인 경우와 고의의 정도를 달리하는 것을 의미하지 않기 때문에¹⁰⁵⁷⁾, 이것을 일반적인 배임죄 요건판단에 대한 특별한 예외원리로서의 경영판단원칙이 도입되었다고 평가할 수는 없다고 본다.

판례에 의할 때 임무위배는 구체적인 상황에서 법적으로 기대되는 행위를 하지 않는 것으로 표현된다. 이에 장래를 향한 위험예측의 불확실성이 문제되는 경영판단의 상황에서는, 그러한 위험을 감소시키는 조치가 기대되었음에도 행하지 않은 것은 본인인 회사의 용인가능성을 넘는 전형적인 임무위배가 된다고 할 수 있다. 이러한 위험감소조치는 행위시점에 수집 가능한 정보를 충분하게 수집하고 그것을 바탕으로 조사, 분석, 평가한 결과를 결정에 반영하는 절차를 통해서 수행될 수 있다.¹⁰⁵⁸⁾

1055) 같은 취지로 임철희, 앞의 글(주 902), 279면 이하.

1056) 예컨대 이상돈, 경영판단원칙과 형법, 박영사, 2015년, 115면.

1057) 이규훈, “업무상배임죄와 합법적 기업활동의 경계에 관한 판례의 경향”, 형사법 실무연구 II, 제133집, 법원도서관, 2016, 453면.

그리고 이를 통해서 행위가 갖는 본인에 대한 재산적 법익침해의 위험성을 감쇄할 수 있다. 그러한 위험감소조치를 충분하게, 합리적으로 이행하였다면 경영판단의 상황에서 이사의 판단이 갖는 전문적, 정책적 성격을 고려하여, 사후에 발생한 결과와 관계 없이 행위 시점의 판단에 대한 재량이 넓게 인정되어야 한다. 앞서 이사의 경영판단의 “내용이 현저히 불합리하지 않은 것으로서 통상의 대표이사를 기준으로 할 때 합리적으로 선택할 수 있는 범위 안에 있는 것” 이라면 비록 사후에 회사가 손해를 입게 되는 결과가 발생하였다 하더라도 그 대표이사의 행위는 “허용되는 경영판단의 재량범위 내”에 있음을 명언한 판례는 이런 점을 명확하게 설시하였다고 본다. 즉 경영판단원칙을 도입하지 않더라도, 같은 목적은 임무위배 행위의 해석을 통해서 달성할 수 있다.

임무위배의 판단을 본인의 객관적 용인가능성을 판단하는 작업으로 이해하면 이사의 행위에 대한 회사의 용인가능성은 일정한 폭을 갖는 것이기 때문에, 임무위배 판단에서 회사의 용인가능성 기준에 의한 판단은 배임죄의 판단에서 일반적인 배임죄 요건판단에 대한 특별한 예외원리로서의 경영판단의 원칙에 대한 도입필요성을 발생시키지 않는다. 결국 업무상배임죄의 일반적인 요건판단의 적용을 배제하는, 경영자에 대해서 ‘특별한 판단 기준’으로서의 경영판단원칙의 도입은 필요하지 않다고 할 것이다.

1058) 제3절 제1항 IV 및 Hassemer의 언급 참조.

제5장 결 론

이사의 임무위배행위에 대한 우리 판례를 살펴보면 임무위배 판단기준의 실질을 회사에게 손해를 발생할 가능성에서 찾거나, 또는 회사의 이익에 반하는 점에서 찾는 것이 있고, 행위자의 사익취득의도에서 찾거나 특수관계자의 이익취득사실에서 찾기도 한다. 기부행위의 경우처럼 주주권의 침해를 근거로 삼는 것, 나아가 담보적격없는 담보물에 의한 대출행위의 사안에서 회사에게 이익이 되고 통상의 업무집행범위에 속하여 용인될 수 있다고 한 것도 있다. 이러한 판례들에서 일관된 판단기준을 찾기란 쉽지 않을 수 있다. 근본적 원인은 현재의 배임죄 규정이 이러한 구체적 사안유형들의 임무위배성을 판단할 수 있는 기준을 제시하고 있지 않은 점에 있다.

그러나 이러한 포괄성을 곧바로 배임죄의 형벌규정으로서의 부적합성이나 위헌론으로 연결짓는 주장에는 동의하기 어렵다. 배임적 행위를 처벌하는 주요 각국의 규정들은 그 객관적 구성요건에서 어느 정도 포괄성의 문제를 안고 있고, 각국 모두 이러한 포괄성은 다양한 배임적 행위사안을 포섭하기 위해서 입법자가 의도한 것이기 때문이다. 배임죄가 사회일반의 신뢰를 처벌하는 범죄로서 오용될 수 있는 가능성은 극도로 경계하여야 하겠지만, 그러한 위험성에 불구하고 최근에 입법된 주요 국가의 배임죄 규정들 역시 극도의 포괄성을 띠는 것은, 위험성을 능가하는 현실적 필요가 근저에 자리하기 때문일 것이다. 무엇보다도 이러한 필요는 자본주의가 창궐하는 오늘날의 사회현실과, 경제주체간 신임관계가 경제활동의 필수적 수단이 된 점에서 기인하는 것으로 생각된다. 그런 점에서 배임죄는, 자본주의적 경제활동에서 필수불가결한 수단인 경제주체간의 신뢰를 유지하는, 경제영역에서의 ‘핵심 범죄’이다.

입법자가 갖는 광범위한 재량은 배임적 행위의 처벌규정이 갖는 포괄성이 명확성 원칙을 위반하지 않는 이상 얼마든지 이러한 입법을 가능하게 한다. 그렇다면 남은 것은 이러한 포괄적 행위정형을 구체화하여 수범자의 예측가능성을 확보할 수 있게 하는, 법치국가의 수호자로서의 법원에 의한 법률해석의 축적이다. 이런 법원의 기능은 배임구성요건의 명

확성의 원칙에 대하여 판시한 독일연방헌법재판소의 결정에서도 강조되고 있다. 그런데 임무위배행위와 배임의 고의판단을 결합시키거나 또는 배임의 고의만으로 사실상 배임죄의 성부를 결정짓는, 현재 우리 대법원이 보이고 있는 일련의 판결들이 임무위배행위의 해석에서 이러한 법치국가적 수호기능을 수행하고 있는가는 극히 의문이다. 행위정형으로서 가벌성의 한계를 획정하고 일반적 예방기능으로서 위법한 행위를 하지 않도록 향도하는 구성요건 고유의 기능을 회복하기 위해서는, 구체적 사안의 해결에 급급한 나머지 배임의 고의 판단으로 도피하기보다는, 비록 어렵더라도 임무위배행위에 대한 판단에 전력하여 판례를 축적하는 것이 배임형법과 우리 법원이 더욱 강한 법치국가의 기반에 자리하는 첩경이 될 것이다.

우리 배임죄는 다른 나라의 배임죄와 달리 이익취득을 객관적 요건으로 하는 이득죄로 입법되어 있다. 그리고 배임과 횡령이 같은 장에 규정되어 있는 우리 배임죄의 구조는 양 죄가 신뢰에 위배하는 재산침해범죄로서 본질을 같이하는 범죄라는 이해를 바탕으로 하며, 이러한 이해는 연혁적으로도 명백히 확인된다. 따라서 우리 배임죄에 있어서는 다른 나라에 없는 이익취득의 면이 고려되어야 하며, 이것은 행위정형인 임무위배행위의 측면에서도 이익취득이 고려되어야 함을 의미한다. 그렇다면 우리 배임죄의 임무위배행위는 “임무에 위배한 이득행위”라고 이해하는 것이 더 적절할 수 있다. 이러한 비유적 표현은, 죄질을 같이하나 객체를 달리하는 횡령죄의 행위태양이 ‘(신임관계에 반하는) 영득행위’인 점과도 조화를 이룬다.

배임죄에서 손해를 요구하는 것도 이러한 차원에서 이해될 수 있다. 재물을 객체로 하는 횡령죄에서는 재물이 갖는 존재의 유일성으로 인하여 영득 자체가 손해로 직결되는 반면에, 재산상 이익을 객체로 하는 배임죄의 경우 그것이 외견상 불분명할 수 있으므로, 입법자는 횡령죄와의 균형을 고려하여 재산상 손해를 명문으로 요구하고 이익취득에 의해 손해라는 법익침해가 발생된 경우에만 처벌하도록 함으로써 이를 해결한 것으로 생각된다. 이것은 우리 배임죄가 재산이동범죄임을 의미한다. 따라서 ‘이득행위’로서의 임무위배행위는, 우선 이득행위이면서 손해발생의 위험성이 있는 행위로 이해하여야 할 것이다. 일반적인 경우 이득과

손해는 동전의 양면 같은 관계이지만 양자가 함께하지 않는 경우도 있기 때문에, 이득행위로서 갖는 이익취득의 가능성 및 그에 따른 손해발생의 위험성은 별도로 판단될 필요가 있다.

이득행위에서는 특히 제3자에 대한 이익이전행위가 문제된다. 자기거래가 아닌 한 회사의 거래상대방은 이사에 대해서 제3자이기 때문에, 이러한 거래가 모두 배임죄의 실행행위의 외형을 갖게 되는 문제가 있다. 이와 관련하여 제3자의 이익추구 상황에서 행위자와 제3자간 이해관계를 요구하는 프랑스 회사재산남용죄의 규정은 우리에게 시사점을 제공한다. 따라서 제3자에 대한 이익이전 상황에서는 행위자와 제3자 간에 일정한 이해관계의 존부를 중요하게 고려하여, 그러한 이해관계가 없는 사안의 경우에는 가별성이 제한되어야 할 것이다.

한편 이득행위는 ‘임무에 위배’한 것이어야 한다. 배임죄는 ‘의무’가 아닌 ‘임무’에 위배하는 행위를 처벌한다. 따라서 ‘임무’의 판단은 문언 자체에서 다른 법령상의 ‘의무’와 달리 판단될 가능성을 열어놓고 있다. 이것은 배임죄의 임무해석이 형법적 시각에 의하여야 함을 의미한다. 따라서 다른 법령의 의무위반에 불구하고 배임죄의 임무에는 합치할 수 있고, 그 역의 가능성도 배제되지 않는다. 반드시 사법의 의무위반을 전제로 그것이 중대할 것을 요구하지도 않는다. 다만 그 이상으로 임무의 내용 및 기준을 채워나가는 것은 배임형법이 해결해야 할 중요한 과제이다.

임무위배행위가 전제하는 신임관계는 기본적으로 양 당사자간의 문제이기 때문에, 이것은 본질상 당사자간에 개별적으로 판단되는 것이다. 이러한 신임관계는 바꾸어 말하면, 형법의 관점에서 어떤 행위를 하거나 하지 않을 것을 ‘기대’하게 하는 근거이다. 본인과 행위자 간 관계를 규율하는 계약이나 법률은 본인으로부터 행위자를 향한 이러한 기대의 내용이 무엇인가를 결정하는데 고려되는, 하나의 단서로서 기능한다.

행위자는 이 기대의 내용에 따라서 행동하여야 하며, 기대에 반하는 경우 임무위배행위가 된다는 것이 통설과 판례이다. 기대의 내용에 따랐는가는 기대의 내용과 구체적 행위상황을 종합하여 결정된다. 다만 본인의 기대에 따른다는 것이 반드시 개별구체적인 상황에서 행위자가 본인과과의 관계에서 기대되는 ‘특정한’ 행위를 하여야 함을 의미한다고는 할

수 없다. 행위자가 본인이 직접 행위하는 경우에 기대되는 특정한 행위를 정확히 행하는 것은 오히려 비현실적이다. 그러한 행위를 하지 않았다고 해서 형법적 불법이 있다고 볼 수 없고, 이를 처벌하는 것은 불가능을 강요하는 것에 지나지 않는다.

따라서 배임죄에 의한 형법적 개입의 출발점은 행위자의 행위가 본인이 용인할 수 있는 일정한 범위의 한계를 벗어난 지점이어야 하며, 그러한 폭을 인정할 때 비로소 형법의 보충성과 관련한 불필요한 논란의 소지도 제거될 수 있다. 이러한 의미에서 독일에서 배임구성요건인 의무위반 판단기준으로 주장된바 있는 본인의 관점에서의 ‘용인가능성’ 기준은 우리 배임죄의 임무위배행위 판단에도 유용할 수 있다고 본다. 대법원 역시 일부 판례에서 회사의 입장에서 “허용될 수 있는 한계”라는 표현을 사용한 바 있다. 결국 임무위배행위의 판단은 본문에서 제시된 세부요소들을 종합하여 본인으로부터 “용인될 수 있는 한계”를 판단하는 과정이라고 할 것이다.

이것은 배임죄의 실행행위로서 ‘이득행위’가 갖는 이익취득의 가능성 및 그에 따른 손해발생의 위험성이 다시 본인에 의한 용인가능성의 관점에서 음미되며, 본문에 제시된 다양한 세부요소의 고려에 따라 그 용인의 한계가 확장되거나 축소됨을 의미한다.

그러나 문제되는 행위의 ‘내용’에 대한 본인의 용인여부 판단이 용이하지 않은 때에는 행위에 이르는 ‘과정’이 중요하게 고려되어야 한다. 그 핵심은 본인의 전체재산에 발생할 수 있는 손해의 위험을 감소시키는 조치의 이행 여부이다. 행위시 가능한 범위에서 필요한 정보를 충분히 수집하고, 이를 합리적으로 조사, 분석 및 평가하여 행위에 반영한 때에는 임무위배행위가 되지 않는다고 보아야 한다. 이것은 객관적 귀속이론에 의해서도 뒷받침된다. 이사에 대한 보수지급, 계열회사 지원, 회사재산을 사용한 뇌물공여 등 사례에 대해서도 행위내용에 대한 회사의 용인가능성과 그 과정을 고려하여 임무위배 여부가 판단될 수 있다. 향후 구체화를 통한 발전이 기대되는 부분이다.

용인가능한 행위의 폭과 관련하여 이사의 경영판단이 문제될 수 있다. 판례는 경영상 판단의 요소, 즉 합리적으로 가능한 범위 내에서 수집된

정보를 근거로 기업이 처한 경제적 상황이나 손실발생의 개연성 등을 신중하게 검토하였는가 여부를 배임의 고의 판단에 위치짓고 있으나, 이는 임무위배 여부를 판단함에 있어서 평가되는 본인에 의한 용인한계 기준의 요소로서 이를 임무위배행위 단계에서 판단함이 타당하다. 경영판단의 전제인 미래를 향한 위험예측적 판단의 오류가능성 및 그로 인한 손해발생은 합리성이 인정되는 위험감쇄조치를 통해서 정당화될 수 있다. 따라서 충분한 정보를 바탕으로 합리성이 인정되는 위험감쇄조치를 거친 행위는 업무상배임죄의 구성요건인 임무위배행위 자체가 성립하지 않게 된다. 이처럼 본인의 용인가능성 판단 및 합리적인 위험감소조치의 이행 여부라는 객관적 귀속이론의 고려를 통해서 이 문제를 해결할 수 있는 이상, 일반법리 적용을 배제하는 특별한 판단기준으로서 경영판단원칙의 도입은 필요하지 않다고 본다.

한편 특별배임죄는 형법의 배임죄와는 체계 및 보호법익을 달리하는 범죄이다. 이에 특별배임죄가 형법의 배임죄와 특별관계라는 일반적인 설명과 달리 양자를 상상적 또는 실체적 경합 관계로 볼 여지가 있다. 따라서 특별배임죄의 임무위배행위 판단에는 형법의 배임죄 논의가 그대로 적용된다고 하기 어렵고 상법이 예정한 전형적 이해관계자인 주주 또는 채권자의 이익, 그리고 상법에 규정된 제도 및 기술적 장치의 취지나 그 준수 여부가 고려될 가능성 및 필요성이 더욱 크다고 하겠다. 그 규명은 향후의 과제가 될 것이다.

참 고 문 헌

[국내문헌]

1. 단행본

- 강구진, 형법강의 각론 I, 박영사, 1983.
- 김대휘·김신 편집대표, 주석형법[각칙6], 한국사법행정학회, 2017.
- 김성돈, 형법각론(제5판), SKKUP, 2018.
- 김일수·서보학, 새로쓴 형법각론(제9판), 박영사, 2018.
- 송옥렬, 상법강의(제9판), 홍문사, 2019.
- 신동운, 형법각론(제2판), 법문사, 2018.
- 신동운 편, 형사법령제정자료집(1) 형법, 한국형사정책연구원, 1990.
- 신동운 편, 형법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원, 2009.
- 신동운·허일태 편, 효당 엄상섭 형법논집, 서울대학교출판부, 2003.
- 신동운·허일태 편, 효당 엄상섭 형사소송법논집, 서울대학교출판부, 2005.
- 오영근, 형법각론(제5판), 박영사, 2019.
- 유기천, 형법학[각론강의(전정신판)](영인본), 법문사, 2012.
- 이상돈, 경영판단원칙과 형법, 박영사, 2015.
- 이상돈, 증권형법, 법문사, 2011.
- 이상원, 법률가의 맥 형법각론, 박영사, 2011.
- 이용식, 형법각론, 박영사, 2019.
- 이재상·장영민·강동범, 형법각론(제10판 보정판), 박영사, 2017.
- 이정원·류석준, 형법각론, 법영사, 2019.
- 이철송, 회사법강의(제26판), 박영사, 2018.
- 이형국·김혜경, 형법각론(제2판), 법문사, 2019.
- 이형규 역, 독일주식법, 법무부, 2014.
- 임웅, 형법각론(제9정판), 법문사, 2018.
- 임홍근 편, 한국상법전 50년사, 법문사, 2013.
- 정성근·박광민, 형법각론(제3판), SKKUP, 2019.
- 정영일, 형법각론, 도서출판 학림, 2019.
- 한국상사법학회 편, 주식회사법대계 II, 법문사, 2019.
- 한석훈, 비즈니스범죄와 기업법(제2판), 성균관대학교출판부, 2019.

2. 논 문

- 강구진, “배임의 죄”, 사법행정 Vol. 24 No. 10, 1983, 43-48면.
- 강동범, “이사의 경영판단과 업무상 배임”, 이화여대 법학논집, 제14권 제3호, 2010, 33-55면.
- 강동욱, “이사 등의 경영행위에 대한 배임죄의 성립범위 -객관적 구성요건의 해석을 중심으로-”, 한양법학 제41집, 2013, 3-24면.
- 강동욱, “이사의 경영상 임무위배행위에 대한 형사처벌 규정의 통합방안, 상법 제622조 특별배임죄의 개정방안을 중심으로”, 법과정책연구 제17권 제3호(통권 제47호), 2017, 487-515면.
- 구회근, “회사 임원의 업무상 배임죄에 관한 판례 분석”, 기업소송연구 통권 제3호, 2005, 1-72면.
- 구회근, “업무상 배임죄와 경영판단원칙”, 법조 통권 제590호, 2005, 55-105면.
- 구회근, “이사의 제3자에 대한 손해배상책임에 관한 판례 분석”, 저스티스 통권 제90호, 2006, 111-158면.
- 곽병훈, “미국회사법의 경영판단원칙”, 재판자료 제98집 외국사법연수논집 (22), 법원도서관, 2002, 124-125면.
- 김동희, “프랑스의 행정입법제도에 관한 소고”, 서울대학교 법학 제23권 제4호, 1983, 38-62면.
- 김병태/이성훈/김수련, “M&A계약상 Fiduciary-Out 조항에 관한 연구”, BFL 제20호, 서울대학교 금융법센터, 2006, 34-54면.
- 김봉수, “위법성조각사유의 체계 및 경합에 관한 연구 - 특히 ‘정당행위’와 ‘피해자의 승낙’의 경합에서 나타나는 사회상규의 기능적 모순을 중심으로 -”, 비교형사법연구 제10권 제2호, 한국 비교형사법학회, 2008, 47-70면.
- 김재윤, “기업범죄예방과 관련하여 자율규제로서 준법지원인제도의 이해 - 독일의 논의를 중심으로”, 비교형사법연구 제21권 제3호, 2019, 59-82면.
- 김성돈, “한국 형법의 사회상규조항의 계보와 그 입법적 의의”, 형사법연구 제24권 4호, 한국형사법학회, 2012, 33면.
- 김성돈·탁희성·김대근·김유근, “한국 형사입법의 방향과 쟁점에 관한 연구-형사입법의 현황분석 및 합리적 형사입법을 위한 제언”,

- 한국형사정책연구원 연구총서, 2014, 3-45면.
- 김은정, “이사의 자기거래와 경영판단의 원칙”, 선진상사법률연구 통권 54호, 2011, 30-66면.
- 김재협, “그룹에 있어 회사재산 남용죄에 관한 프랑스 법원의 태도”, 인권과정의 통권 제431호, 2013, 118-133면.
- 김주연, “기업집단의 이익과 업무상배임죄 -프랑스의 로젠블롬 원칙을 중심으로-”, 비교형사법연구 제21권 제3호, 2019, 29-58면.
- 김태명, “형법상 횡령죄와 배임죄에서 재물과 재산상 이익의 개념”, 2019. 10. 11. 한국형사법학회 제2세션 발표문, 자료집 30-50면.
- 김혜경, “경영판단의 원칙과 형법상 배임죄의 해석”, 비교형사법연구 제18권 제1호, 2016, 223-260면.
- 류전철, “배임죄에서 재산상 손해발생의 위험”, 전남대 법학논총 제30집 제1호, 2010, 431-456면.
- 류전철, “규범적 구성요건요소에 관한 소고”, 형사법연구 제10호, 1997, 19-36면.
- 문영식, “불법원인급여와 횡령죄”, 형법판례 150선, 한국형사판례연구회, 박영사, 2019, 264-265면.
- 문호준·김성민, “부실계열회사의 처리에 관한 법적 쟁점”, BFL 제59호, 서울대학교 금융법센터, 2013, 6-22면.
- 문형섭, “배임죄에 관한 연구”, 호남대학교 대학원 법학박사학위논문, 2001.
- 박성민·서순택, “배임죄에 있어 임무위배행위의 제한과 실제”, 성균관법학 제22권 제1호, 2010, 119-140면.
- 변종필, “해석근거로서의 ‘법질서의 통일성’ 과 ‘형법의 독자성’”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 2011, 1-17면.
- 서태경, “상법상 업무집행관여자의 민·형사책임에 관한 연구”, 한양대학교 대학원 법학박사학위논문, 2007.
- 설민수, “상장회사 경영진의 경영상 행위에 대한 형사적 규율의 원인, 그 한계 및 대안의 모색 - 배임죄의 확장 및 퇴조에 중점을 두고”, 저스티스 통권 제127호, 2011, 247-324면.
- 성낙인, “프랑스 사법제도의 특성에 비추어 본 헌법재판소의 구성”, 서울대학교 법학 제56권 제1호, 2005, 67-104면.

- 손동권, “회사 경영자의 상법상 특별배임행위에 대한 현행법 적용의 문제점과 처벌정책을 둘러싼 입법논쟁”, 형사정책 제25권 제3호, 2013, 263-285면.
- 손동권, “형사특별법 정비방안 (4) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률”, 한국형사정책연구원, 2008.
- 송옥렬, “신주의 저가발행에서 이사의 임무위배”, 민사판례연구 [XXX III-(上)]권, 2011, 703-738면.
- 송옥렬, “주주의 부와 회사의 손해에 관한 판례의 재검토”, 사법 2007 vol.4 (통권 제2호), 47-71면.
- 송옥렬, “이사의 민사책임과 형사책임의 판단기준”, 상사판례연구 6, 2006, 83-100면.
- 신동운, “횡령죄와 배임죄의 관계”, 한국형사법학의 새로운 지평, 유일당오선주교수 정년기념논문집 간행위원회, 2001, 315-337면.
- 신동운, “횡령 후의 횡령죄 성립 여부”, 서울대학교 법학 제54권 제4호, 2013, 291-314면.
- 신동운, “회사의 대표기관 등에 대한 형사책임과 배임죄”, 상사판례연구[I], 박영사, 1996, 520-540면.
- 신동운, “형법 제20조 사회상규 규정의 성립경위”, 서울대학교 법학 제47권 제2호, 2006, 189-219면.
- 신동운, “제정형법의 성립경위”, 형사법연구 통권 제20호, 한국형사법학회, 2003, 9-52면.
- 신승기·김범준, “재산상 이득죄로서 배임죄”, 고려법학 제95호, 2019, 75-102면.
- 심준보, “회사 채무의 불이행과 이사의 제3자에 대한 책임”, 민사판례연구 [XXV], 2003, 388-422면.
- 안경옥, “주금납입가장행위에 대한 형사처벌”, 형사법연구 제24권, 2005, 145-162면.
- 안경옥, “비자금 조성행위의 형사처벌에 대한 한국·독일 판례 비교 및 검토”, 형사법의 신동향 통권 제41호, 2013, 118-155면.
- 안경옥, “특정경제범죄가중처벌등에관한법률의 정비방안”, 형사정책 제17권 제2호, 2005, 9-25면.
- 양동희, “회사법상 특별배임죄의 개선방안에 대한 연구”, 법이론실무연

- 구 제5권 제2호, 2017, 287-312면.
- 여하운, “프랑스 민법상 계약책임과 불법행위책임의 관계”, 서울대학교 법학 제50권 제2호, 2009, 563-590면.
- 오영근, “신주 등의 저가발행과 배임죄의 성립 여부”, 한국 형사법학의 이론과 실천, 박영사, 2010, 522-548면.
- 오영근, “배임수재액의 산정 및 배임죄에서 경영판단원칙”, 로앤비 천자평석(대법원 2019. 6. 13 선고 2018도20655 판결), 2020.
- 오영근, “특정범죄가중처벌등에관한법률 폐지의 당위성”, 형사정책 제17권 제2호, 2005, 33-48면.
- 오영근, “신용위험 공유자에 대한 대출과 배임죄”, 형사정책연구 Vol. 58, 2004, 116-147면.
- 오영근, “형법판례 회고”, 형사판례연구 [19]-[26], 박영사, 2011-2018.
- 유현중, “동일인 대출한도 초과대출과 배임죄의 성부”, 서울대학교 BFL 제36호, 2009, 80-90면.
- 이경렬, “경영판단의 과오와 업무상배임죄의 성부”, 법조 제55권 12호 (통권 603호), 2006, 122-159면.
- 이규훈, “업무상배임죄와 합법적 기업활동의 경계에 관한 판례의 경향”, 형사법실무연구 II, 재판자료 제133집, 법원도서관, 2016, 431-556면.
- 이상돈, “전환사채의 저가발행을 통한 경영권 승계의 배임성”, 형사정책연구 제23권 제2호(통권 제90호), 2012, 5-40면.
- 이상돈, “배임죄 해석론의 세 가지 지평 - 정책, 해석, 이론”, 한국형사법의 전망: 심온김일수교수정년기념논문집, 문형사, 2011, 21-42면.
- 이상돈·지유미, “경영판단과 경영배임”, 사법 24호, 사법발전재단, 2013, 43-79면.
- 이상원, “횡령죄의 이득액과 가벌적 후행행위”, 저스티스 통권 제131호, 2012, 173-201면.
- 이상원, “횡령죄의 이득액과 가벌적 후행행위(하)”, 저스티스 통권 제132호, 2012, 229-258면.
- 이상원, “횡령인가 불가벌적 사후행위인가”, 형사재판의 제문제 제7권, 2014, 104-122면.
- 이상훈A, “절도원인 이득반환청구소권(condictio furtiva)에 관한 소고 -

- 학설취찬 제13권 제1장을 중심으로”, 법사학연구 제57호, 2018, 257-298면.
- 이상훈B, “LBO분석 틀의 정립 및 적용”, 기업법연구 제31권 제1호, 2017, 9-41면.
- 이승준, “합병형 차입매수(LBO)의 배임죄 성부 판단”, 형사정책연구 제24권 제1호(통권 제93호), 2013, 79-116면.
- 이순욱, “법인대표의 대표권남용과 배임죄의 기수시기”, 형법판례 150선, 한국형사판례연구회, 박영사, 2019, 286-287면.
- 이완규, “배임죄와 주주총회 결의의 한계”, 형사판례연구 [27], 박영사, 2019, 312-329면.
- 이완형, “기업집단 내 계열회사간 지원행위의 업무상배임죄 성립 여부”, 사법 2018. 제1호 (통권 제43호), 2018, 551-583면.
- 이용식, “대물변제예약 부동산의 이중매매와 배임죄의 형사불법적 구조”, 형사판례연구[23], 박영사, 2015, 223-257면.
- 이용식, “차입매수(LBO)의 형사책임”, 형사판례연구 [18], 박영사, 2010, 83-114면.
- 이용식, “횡령·배임죄와 이사의 자기거래”, 상사판례연구 [4], 박영사, 2000, 228-246면.
- 이정민, “업무상 배임죄에 있어서 경영상 판단 존중”, 고려법학 제78호, 2015, 31-57면.
- 이정민, “경영판단원칙과 업무상 배임죄”, 형사정책연구 제18권 제4호(통권 제72호), 2007, 159-188면.
- 이종상, “회사와 관련된 배임죄 적용상 문제점에 대한 연구”, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문, 2010.
- 이주원, “특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)죄에서 이득액 개념의 합리적 재해석”, 인권과정의 통권 436호, 2013, 47-67면.
- 이진수, “횡령죄와 배임죄의 경계확정에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학석사학위논문, 2008.
- 이철송, “자본거래와 임원의 형사책임”, 인권과정의 통권 제359호, 대한변호사협회, 2006. 7, 115면.
- 이철송, “자본거래와 임원의 형사책임 재론”, 법조 통권 제603호, 2006, 164면.

- 임정호, “배임죄에서 임무위배행위에 관한 연구”, 연세대학교 대학원 법학박사학위논문, 2008.
- 임철희, “경영판단과 배임고의 - 그 ‘법리’의 오용, 남용, 무용”, 형사법연구 제30권 제2호, 한국형사법학회, 2018, 271-292면.
- 조국, “기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계 -업무상 배임죄 배제론에 대한 응답-”, 형사법연구 제19권 제3호, 한국형사법학회, 2007, 163-186면.
- 조기영, “배임죄의 제한해석과 경영판단의 원칙 -경영판단 원칙 도입론 비판-”, 형사법연구 제19권 제1호, 2007, 87-107면.
- 조성훈, “계열사간 내부거래와 배임”, 선진상사법률연구 통권 제176호, 2016, 111-136면.
- 정진세, “집단소속회사 이사에 대한 회사재산남용죄(특별배임죄)의 제한”, 선진상사법률연구 통권 제69호, 2015, 135-167면.
- 정진세, “프랑스법상 이사의 제3자에 대한 책임”, 선진상사법률연구 통권 제71호, 2015, 113-129면.
- 주강원, “상법상 특별배임죄에 관한 연구”, 연세대 법학연구 제18권 제3호, 2008, 361-400면.
- 천종철, “배임죄에 있어서의 임무위배행위”, 연세법학연구 제3집, 1995, 731-747면.
- 천경훈, “완전모자회사 간의 지원성 거래와 이사의 책임”, 외법논집 제42권 제1호, 2018, 9-39면.
- 천경훈, “관계자거래에 따른 기업의 법적 리스크와 이사회역의 역할”, 기업법연구 제31권 제4호, 2017, 107-140면.
- 천경훈, “LBO 판결의 회사법적 의미 - 이사는 누구의 이익을 보호해야 하는가?”, 저스티스 통권 제127호, 2011, 204-246면.
- 천경훈, “개정상법상 회사기회유용의 금지규정의 해석론연구”, 상사법연구 제30권 제2호, 2011, 143-213면.
- 천경훈, “기업집단법제에 관한 연구 -기업집단 소속회사의 손익판단을 중심으로”, 기업법연구 제29권 제3호, 2015, 39-71면.
- 최관식, “이사의 회사기회유용과 배임죄”, 형사법의 신통향 통권 제56호, 2017, 106-133면.
- 최문희, “독일에서의 이사의 의무위반과 배임죄”, BFL 제36호, 2009,

91-106면.

- 최문희, “경영자의 배임죄와 회사법상 이사의 의무: 전환사채 저가발행 판례를 소재로 하여”, 저스티스 통권 제112호, 2009, 37-79면.
- 최승재, “배임죄 판례분석을 통한 경영자의 배임죄 적용에 있어 이사의 적정 주의의무 수준에 대한 고찰”, KERI Insight, 한국경제연구원, 2014, 2-23면.
- 최완진, “회사법상 경영판단의 원칙의 도입”, 기업지배구조 리뷰 VOL. 75, 한국기업지배구조원, 2014. 2-19면.
- 최준선, “상법상 특별배임죄 규정의 문제점과 개선방안”, KERI Insight, 한국경제연구원, 2013, 1-20면.
- 최준혁, “부실대출에 의한 배임죄에서의 이득액 계산”, 2019. 7. 15. 형사실무연구회 발표문.
- 최준혁, “배임죄에서의 재산상 손해”, 형사법의 쟁점과 판례(우리형사판례연구회 편), 법문사, 2009, 383-397면.
- 최철환, “영국의 경죄사건 처리절차와 형사사법체계”, 법조 통권 제592호, 2006, 269-308면.
- 한상훈, “형법 및 형사특별법상 재산범죄 가중처벌규정의 문제점과 개선방안”, 형사법연구 제26호, 한국형사법학회, 2006, 139-168면.
- 한석훈, “경영판단행위의 형사규제”, 상사법연구 제35권 제1호, 2016, 9-64면.
- 한석훈, “상법 벌칙규정의 개정과제-회사임원 등의 특별배임죄 규정을 중심으로”, 기업법연구 제27권 제2호(통권 제53호), 2013, 273-301면.
- 허일태, “배임죄 해석의 나아갈 방향”, 형사법연구 제27권 제1호, 한국형사법학회, 2015, 3-36면.
- 홍영기, “배임에서 결과 평가의 엄격성”, 형사법연구 제31권 제1호, 한국형사법학회, 2019, 133-168면.
- 홍영기, “기업 내 배임죄에서 의무위배 요건에 대한 독일판례 분석 -특히 브레머불칸 사례를 중심으로-”, 안암법학 2017. 3, 65-105면.
- 홍영기, “기업집단에서 배임죄의 주체 및 임무에 대한 독일의 논의”, 저스티스 통권 제158-1호, 2017, 201-239면.
- 황남석, “기업집단 내 계열회사간 지원행위와 경영판단 -대법원 2017.

11. 9. 선고 2015도12633 판결-” , 법조 통권 제730호, 2018, 531-574면.
- 황남석, “자본거래와 손익거래: 개념과 한계” , 상사법연구 제35권 제1호, 2016, 207-245면.
- 황철규, “법인 명의의 배임행위에 있어서 ‘타인의 사무처리자’ , 형법 판례 150선, 한국형사판례연구회, 박영사, 2019, 274-275면.

3. 그 외 자료

- 법률신문, “[특별좌담] 배임죄 성립과 처벌수준, 과연 적절한가” , 2014.
3. 25 기사(신동운, 이상원, 박미숙, 배상근, 최준선).
- 김건식, “국제적 기준에 부합하는 합법적 LBO 가이드라인 제정 방안” , 법무부 연구용역보고서, 2011.
- 최준선, “배임죄 성립범위에 관한 연구(I): 소위 경영판단 원칙의 도입 찬성과 대안 중심으로” , 법무부 연구용역보고서, 2015.
- 강동범, “배임죄 성립범위에 관한 연구(II): 소위 경영판단 원칙의 도입 반대와 대안 중심으로” , 법무부 연구용역보고서, 2015.
- 형사법개정특별심의위원회, 일본형법개정작업경과와 내용, 1989.

[프랑스문헌]

1. 단행본

- Atiback, Aline, L’abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés, L’ Harmattan, 2007.
- Bouzat, Pierre., Theorique et Pratique de Droit Pénal, Dalloz, 1951.
- Bouloc, Bernard., Droit pénal général(26ed), Dalloz, 2019.
- Delmas-Marty, M., Droit pénal des Affaires, PUF, 2000.
- Medina, Annie., Abus de biens sociaux, Dalloz, 2001.
- Rassat, Michèle-Laure, Droit Penal special(8ed), Dalloz, 2018.
- Renucci, Jean François/Cardix, Michel., “L’ abus de biens sociaux” , PUF, 1998.
- Penicaut, Edouard., De L’Abus De Confiance: Prevu Et Puni Par

L'Article 408 Du Code Penal (1899), Kessinger Legacy Reprints, (reprinted 2010), Kessinger Publishing, 2010.
Salomon, Renaud., Les grand arrêts du droit pénal des affaires, Cujas, 2018.

2. 논문

Bouzat, Pierre., “Abus de pouvoir. Acte contraire aux intérêts de la société,” RTD com. 1990. 145.
Bouzat, Pierre., “Abus de pouvoir. Abus de biens sociaux” , RTD Com. 1990. 504.
Boulloc, Bernard., “Abus de biens sociaux” , Repertoire des sociétés, Dalloz, 2015. 7. (Actualisation 2019. 1.).
Boulloc, Bernard., “La depenalisation delit financiers, Myth ou Realite?” , Revue de Jurisprudence Commerciale, 2014. 8.
Boulloc Bernard., “Abus de biens sociaux : l'affaire Elf” , Revue des sociétés, 2007, 379.
Boursier, Marie Emma., “Le fait justificatif de groupe de sociétés dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité” , Rev. sociétés 2005.
Bertrel, Jean Pierre., La position de la doctrine sur l'intérêt social, Droit and Patrimoine 1997. 4.
Conte, Phillippe., Synthèse - Droit pénal des sociétés : infractions, Lexisnexis, 2019. 4.
Dondero, Bruno., “Responsabilité du dirigeant à l' égard de la société : pas de business judgment rule à la française ?” , Gazette du Palais, 2015. 2, 224.
Dekeuwer, Alain., “Les intérêts protégés en cas d' abus de biens sociaux” , JCP E, 1995, 500.
Germain, Michael, “La responsabilité civile des dirigeants sociaux” , Revue des sociétés 2003, 284.
Jeanclos, Yves., “DE 1810 A 2010 : LE CODE DE 1810 EN

- MOUVEMENT” ; BICENTE NAIRE DU CODE PÉNAL, COUR DE CASSATION, 25 novembre 2010.
- Jeandidier, Wilfrid., “Abus de biens sociaux” , JurisClasseur Penal, Date du fascicule 7 February 2017, Date de la dernière mise à jour 2 February 2019).
- Kerbib, Hugo., “Comparative Corporate Law: The US Corporation and the French SA” , Master 1 Droit à Université Paris-Dauphine, 2017.
- Mascala, Corine., “Abus de confiance” , Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, 2016. 7 (Actualisation 2018. 5.)
- Muller, Yvonne., “Le droit penal des conflits d’interets” , Droit pénal, 2012.
- Rebut, Didier., “Abus de biens sociaux” , Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, 2010. 1. (Actualisation 2018. 4.)
- Sharkatli, Ammar., La rémunération des dirigeants sociaux, Thèse (Pour Docteur en Droit) à L’ Université Lille 2, 2015.
- Stasiak, Frédéric, “Affaire Vivendi Universal : condamnation des dirigeants pour infractions boursières” , RSC 2012, 571.
- Alexandre, M. D., “Le mandat dans l’abus de confiance” , 1935.
<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k97922343.textelimage>
- Médina, Annie., “L’ experience francais” , in “L’ ABUS DE BIENS SOCIAUX ; Le particularisme francais a l’ epreuve de l’ Europe” , CHAMBRE DE COMMERCE ET D’ INDUSTRIE DE PARIS, 2003.
www.creda.cci-paris-idf.fr > pdf > 02-experiences-europeenne

3. 그 외 자료

- Journal du palais: présentant la jurisprudence de la Cour de Cassation et des cours d’appel de Paris et ses départements, Volume 48, 1847.
- Badinter, Robert., “Promulgation du Code pénal” .
<https://francearchives.fr/commemo/recueil-2010/39554>

[독일문헌]

1. 단행본

- Achenbach, Hans/ (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, (5. Aufl.), C. F.Müller, 2018.
- Binding, Karl., Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts: besonderer Teil, Verlag von Wilhelm Engelmann, 1902.
- Fischer, Thomas., Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen(66. Aufl.), C.H. Beck, 2019.
- Graf, Juren Peter/(Hrsg.), Wirtschafts und Steuerstrafrecht (2. Aufl.), C.H.Beck, 2017.
- Höhme, Jana., Untreurelevante Pflichtwidrigkeit bei Risikogeschäften, LIT, 2019.
- Hefendehl, Roland/Dierlamm, Alfred/(Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch(3. Aufl.), Band 5, C.H.Beck, 2019.
- Kindhauser, Urs/(Hrsg.), Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, (5. Aufl.), Band 3, Nomos, 2017.
- Müller-Gugenberger, Christian/(Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, (7. Aufl.), ottoschmidt, 2015.
- Otto, Haro., Aktienstrafrecht, Walter de Gruyter, 1997.
- Perron, Walter/Schönke/Schröder(Hrsg.) (Gesamtredaktion Eser, Albin), Strafgesetzbuch Kommentar, (30. Aufl.), C.H.Beck, 2019.
- Schünemann, Bernd, Leipziger Praxiskommentar Untreue - § 266 StGB Überarbeitete und ergänzte Sonderausgabe 2017, Walter De Gruyter, 2017.
- Schünemann, Bernd/Tiedemann, Klaus/(Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (12., neu bearbeitete Aufl.), Band 9, Walter De Gruyter, 2012.
- Waßmer, Martin Paul, “Untreue bei Risikogeschäften” , C.F.Müller, 1997.

2. 논문

- Bachmann, Gregor., “Zehn Thesen zur deutschen Business Judgment Rule” , WM 2015.
- Bittmann, Folker., “Risikogeschäft – Untreue – Bankenkrise” , NStZ 2011.
- Bittmann, Folker., “Betrug und Untreue” , Wistra 11/2019.
- Bernsmann, Klaus “Alles Untreue? Skizzen zu Problemen der Untreue nach § 266 StGB” , GA 2007.
- Faßbender, Johannes., “18 Jahre ARAG Garmenbeck – und alle Fragen offen?” NZG 2015.
- Fleischer, Holger/Bauer, Leopold, “Von Vorstandsbezügen, Flugreisen, Festschriften, Firmensponsoring und Festessen” , ZIP 2015.
- Greco, Luis., “Die Befreiung des Strafrechts vom Pflichtverletzungsdenken – Zur Kritik an der (nicht nur asymmetrischen) Akzessorietät” , GA 2019.
- Hassemer, Winfried., “Die Basis des Wirtschaftsstrafrechts” , in: Lüderssen/(Hrsg.), Die Handlungsfreiheit des Unternehmers – Wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken, Walter de Gruyter, 2009.
- Henze, Hartvic., “Prüfungs- und Kontrollaufgaben des Aufsichtsrates in der Aktiengesellschaft – Die Entscheidungspraxis des Bundesgerichtshofes” , NJW 1998.
- Hillenkamp, Thomas., “Risikogeschäft und Untreue” , NStZ 1981.
- Kindhäuser, Urs., “Pflichtverletzung und Schadenszurechnung” , Jus humanum : Grundlagen des Rechts und Strafrecht : FS für Ernst-Joachim Lampe, 2003.
- Knauer, Christoph., Die Strafbarkeit der Bankvorstände für missbräuchliche Kreditgewährung, NStZ 2002.
- Kutzner, Lars., Einfach gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung als Untreue – Die Kinowelt-Entscheidung des BGH, NJW 2006.
- Kubiciel, Michael., “Gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreue strafbarkeit” , NStZ 2005.
- Kubiciel, Michael., “Anmerkung (zur “HSH-Nordbank“-Entscheidung des

- BGH)“ , JZ 2017.
- Leite, Alaor, “Prozeduralisierung oder Rechtsgüterschutz bei der Untreue? Risikoverringerung in der Unternehmenskrise am Beispiel der HSH-Nordbank-Entscheidung(BGH NJW 2017,578)“ , GA 2018.
- Lüderssen, Klaus., “Regulierung, Selbstregulierung und Wirtschafts strafrecht – Versuch einer interdisziplinären Systematisierung” , in: Lüderssen/(Hrsg.), Die Handlungsfreiheit des Unternehmers – Wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken, Walter de Gruyter, 2009.
- Murmann, Uwe., “Untreue (§ 266 StGB) und Risikogeschäfte” , JURA 2010.
- Perron, Walter., “Objektive Zurechnung bei der Untreue” , FS für Urs Kindhäuser, 2019.
- Perron, Walter., “Keine Unmittelbarkeit des Vermögensschadens, ausbleibender Gewinn als Nachteil” , FS für Wolfgang Frisch, 2013.
- Perron, Walter., “Probleme und Perspektiven des Untreuetatbestandes” , GA 2009.
- Ransiek, Andreas., “Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil” , ZStW 116, 2004.
- Rönnau, Thomas., “Untreue als Wirtschaftsdelikt” , ZStW 2007.
- Rönnau, Thomas., “Einrichtung ‘schwarzer’ (Schmiergeld-) Kassen in der Privatwirtschaft – eine strafbare Untreue?” , FS für Klaus Tiedemann, 2008.
- Rönnau, Thomas., “Untreue zu Lasten juristischer Personen und Einwilligungskompetenz der Gesellschafter” , FS für Knut Amelung, 2009.
- Roxin, Claus., “Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte” , Neumann/Herzog (Hrsg.), FS für Winfried Hassemer, 2010.
- Saliger, Frank., “Gibt es eine Untreuemode? Die neuere Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung” , HRRS 2006.
- Schünemann, Bernd., “Der Straftatbestand der Untreue als zentrales

- Wirtschaftsdelikt der entwickelten Industriegesellschaft” , FS für Wolfgang Frisch, 2013.
- Schünemann, Bernd., “Der Bundesgerichtshof im Gestrüpp des Untreue tatbestandes” , NStZ 2006.
- Schünemann, Bernd., “Die „gravierende Pflichtverletzung“ bei der Untreue dogmatischer “, NStZ 2005.
- Tiedemann, Klaus., “DER UNTREUE TATBESTAND - Ein Mittel zur Begrenzung von Managerbezügen? - Bemerkungen zum „Fall Mannesmann”” , FS für Ulrich Weber, 2004.
- Tiedemann, Klaus., “Untreue bei Interessenkonflikten: Am Beispiel der Tätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern” , FS für Herbert Tröndle, 1989.
- Wachter, Matthias., “Pflichtverletzung und Vermögensbetreuungspflicht bei der Untreue” , ZSTW 2019.
- Wagner, Markus., “Zum Erfordernis einer „gravierenden“ Pflichtverletzung bei der Untreue - Überlegungen zu Legitimität, Anwendungsbereich und Inhalt eines umstrittenen Korrektivs” , ZSTW 2019.

[영미문헌]

1. 단행본

- Baker, Dennis J., Textbook of criminal law(4ed), Sweet & Maxwell, 2015.
- Ormerod, David, Smith and Hogan's Criminal Law(13ed), Oxford university press, 2011.
- Simester, A. P./ Spencer, J. R./ Stark, F./ Sullivan, G. R./ Virgo, G. J., Simester and Sullivan's Criminal Law: - Theory and Doctrine - (7ed), Hart Publishing, 2019 (전자책, ISBN 9781509926664).

2. 논문

- Burbidge, Peter., “A French ABC of corporate crime? Abus de biens

- sociaux and the Elf Affair: Part 1” , International Company and Commercial Law Review. 15 (6), 2004.
- Burbidge, Peter., “A French ABC of corporate crime? Abus de biens sociaux and the Elf Affair: Part 2” , International Company and Commercial Law Review. 15 (7), 2004.
- Gerner-Beuerle, Carsten., “LAW AND FINANCE IN EMERGING ECONOMIES: GERMANY AND BRITAIN 1800-1913” , The Modern Law Review, Vol. 80, 2017.
- Glover, Richard., “*Some implications of Hunter for Fraud Act 2006*” , in: Financial Crime and Corporate Misconduct: A Critical Evaluation of Fraud Legislation, 2018.
- Mendelsohn, James, “Directors’ thefts: case closed?” , CILEX Journal, 2014.
- Monaghan, Chris., *A critical commentary on the Fraud Act 2006*, in: Financial Crime and Corporate Misconduct: A Critical Evaluation of Fraud Legislation, 2018.
- Monaghan, Nicola., Who should try ‘complex fraud trials’ ?, Reconsidering the composition of the tribunal of fact 30 years after Roskill, in: Financial Crime and Corporate Misconduct: A Critical Evaluation of Fraud Legislation, 2018.
- Steel, Alex., “Problematic and Unnecessary? Issues with the Use of the Theft Offence to Protect Intangible Property” , 2008, 30 Sydney Law Review, Vol. 30, 2008.

3. 그 외 자료

- Attorney General’s guidelines for prosecutors on the use of the common law offence of conspiracy to defraud (Attorney General’s Office, First published 2007).
- Attorney-General’ s Reference (No 2 of 1982), 1984.
- Congressional Research Service, R45479, “Bribery, Kickbacks, and Self-Dealing: An Overview of Honest Services Fraud and Issues for Congress” (by Foster, Michael. A.), 2019.

Congressional Research Service, R41930, “Mail and Wire Fraud : A Brief Overview of Federal Criminal Law” (by Doyle, Charls), 2019.

Law Commission, Fraud: Report on a Reference under Section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965, Law Com No 276, 2002.

Crown Prosecutor Service, Fraud Act 2006, The Legal Guidance, Fraud <http://www.cps.gov.uk/legal-guidance/fraud-act-2006>

[일본문헌]

1. 단행본

牧野英一, 日本刑法(重訂版) 下卷, 有斐閣, 1938.

泉二新熊, 刑法大要(増補三二版), 1936.

泉二新熊, 日本刑法論(下)(四十四版), 1939.

小野清一郎, 新訂刑法講義 各論(第三版), 1949.

小野清一郎, 刑事法規集, 第一卷, 1944.

藤木英雄, 經濟取引と犯罪一詐欺, 横領, 背任を中心として, 有斐閣双書, 1965.

藤木英雄, 刑法講義 各論, 弘文堂, 1976.

団藤重光, 刑法綱要 各論(第3版), 創文社, 1985.

伊藤榮樹 外 編, 注釈特別刑法 第五卷, 經濟法編 I, 1986.

西田典之, 金融業務と刑事法, 有斐閣, 1997.

西田典之/山口厚/佐伯仁志/橋爪隆, 判例 刑法各論(第7版), 有斐閣, 2018.

芝原邦爾, 經濟刑法研究 上, 有斐閣, 2005.

山口厚, 刑法各論(第2版), 有斐閣, 2010.

大塚仁, 刑法概説(各論)(第3版増補版), 2005.

前田雅英, 刑法講義各論(第3版), 東京大學出版會, 1999.

山中敬一, 刑法各論(第3版), 2015.

大塚仁 外, 大コメンタル刑法(第三版) 第13卷, 青林書院, 2018.

上柳克郎 外, 注釋會社法(13), 有斐閣, 1986.

落合誠一 編, 會社法コメンタル 雜則 [3]・罰則, 商事法務, 2011.

島岡まな/井上宜裕/末道康之/浦中千佳央, フランス刑事法入門, 法律文化

社, 2019.

2. 논문

牧野英一, “背任罪の本質”, 刑法研究 第9卷, 有斐閣, 1940.

瀧川幸辰, “背任罪の本質”, 瀧川幸辰刑法著作集(4), 1981.

江家義男, “背任罪の研究(一)”, 江家義男教授刑事法論文集, 早稲田大学出版部, 1959.

京藤哲久, “もう一つの背任罪—フランスの会社財産濫用罪が示唆するものの—”, 変動する社会と格闘する判例・法の動き, 渡辺咲子先生古稀記念, 信山社, 2017.

内田幸隆, “背任罪の系譜.およびその本質”, 早稲田法学会誌 51卷, 2001.

橋爪隆, “背任罪の成立要件について(1)/(2)”, 法学教室 441/442号, 2017.

橋爪隆, “横領行為の意義について”, 法学教室 439号, 2017.

大杉謙一, “役員の責任: 経営判断原則の 意義とその射程”, 江頭憲治郎編, 株式会社法大系, 2013.

島田聡一郎, “背任罪における任務違背行為”, 植村立郎判事退官記念論文集・現代刑事法の諸問題 第1卷, 立花書房, 2011.

林幹人, “背任罪における任務違背行為”, 判例時報 2098号, 2011.

山口厚, “財産上の利益について”, 植村立郎判事退官記念論文集 現代刑事法の諸問題 第1卷, 立花書房, 2011.

森田果, “わが国に経営判断原則は存在していたのか”, 旬刊商事法務 1858号, 2009.

上嶋一高, “背任罪理解の再構成(三)”, 法学協会雑誌 108卷 8号, 1991.

上嶋一高, “判例批評”, ジュリスト 336号, 2007.

上田哲, 最高裁判所判例解説, 法曹時報 59卷 6号, 2042, 2006.

小田直樹, “特別背任罪の一考察—制度論を取り込んだ刑法解釈の試み—(1)”, 神戸法学雑誌 第68卷 第4号, 2019.

松宮孝明, “背任罪における「財産上の損害」, 「任務違背」, 「図利加害目的」の関係” 立命館法学 375・376号, 2017.

松宮孝明, “經常判断と背任罪”, 立命館法学 307号, 2006.

松宮孝明, “詐欺罪における不法領得の意思について”, 立命館法学 292号, 2003.

- 岩原紳作, “特別背任罪における取締役としての任務違背”, ジュリスト第1422号, 2011.
- 伊東研祐, “特別背任罪の解釈視座について-昭和13年商法罰則改正と改正刑法假案-”, 島大法学 第56巻 第4号, 2013.
- 五十嵐さおり, “特別背任罪の主体について一序論的考察一”, 法政理論 第43巻 第2号, 2011.
- 田寺さおり, “明治44年商法改正における特別背任罪及び背任罪の立法経緯”, 変動する社会と格闘する判例・法の動き (渡辺咲子先生古稀記念)(京藤哲久・神田安積 編集代表), 信山社, 2017.
- 佐久間修, “刑法からみた企業法務:会社法上の犯罪(2) - 特別背任罪”, ビジネス法務 2011.
- 佐伯仁志, “背任罪”, 法學教室 378号, 2012.
- 芝原邦爾, “会社財産の不正支出と業務上横領・特別背任罪”, 法学教室 163号, 1994.
- 平野龍一, “横領と背任 再論”, 刑事法研究 最終巻, 2005.
- 平野龍一, “經營者の刑事責任”, 犯罪論の諸問題(下)(各論)(刑事法研究第2巻-II), 1983.
- 品田智史, “背任罪における任務違背(背任行為)に関する一考察(一)/(二)”, 阪大法学 59巻 1/2号, 2009.
- 品田智史, “不正融資に対する刑事責任”, 阪大法学 61巻 34号, 2011.

3. 그 외 자료

- 法務大臣官房調査課, 刑法並に監獄法改正調査委員会議事速記録.
刑法改正起草委員會議事日誌, 第269會.
- 法務資料 別冊 第二三號, 1957.
- 小野清一郎, ‘刑事法規集’ 第一卷, 法學叢書 13, 日本評論社, 1944.
- 刑法改正起草委員會議事日誌(1927~1938). [프린트물, (일본 法務省 法務圖書館 분류번호 XB 600, K 28, 1-9)].
- 山口厚/佐伯仁志/橋爪隆/島田聡一郎/渡辺咲子/井田良/今井猛嘉, “背任罪” 現代刑事法研究會 第6回 座談會(2010. 7. 19. 개최), ジュリスト 1408号, 2010.

Résumé

Étude sur “l’acte d’infidélité” au sconde alinéa de l’article 355 du Code Pénal de la Corée

— **Principalement sur la relation** —
entre la société et l’administrateur

Sang Hoon, Lee
École Doctorale de Droit Pénal
École de Droit
Université Nationale de Séoul

Le Code Pénal sud-coréen définit l’abus de confiance comme un “acte d’infidélité, de la part d’une personne en charge des affaires d’autrui, entraînant un enrichissement personnel ou au profit d’un tiers au préjudice de cet autrui.” Cependant, en examinant la jurisprudence coréenne, on s’aperçoit qu’il n’est pas facile d’identifier des critères cohérents sur lesquels la cour s’appuie pour décider si cet “acte d’infidélité” a bien eu lieu.

Cette insuffisance demeure toujours, même quand l’on restreint le champ de discussion à l’infidélité des administrateurs ou dirigeants de société où il n’y a pas lieu de disputer l’élément subjectif du délit(“personne en charge des affaires d’autrui”) et où, par conséquent, il devrait être plus aisé de se

concentrer purement sur le jugement à porter quant à l'acte proprement dit.

D'où provient cette insuffisance? La raison principale peut résider dans le fait que les dispositions de notre Code Pénal ne fournissent pas de critères pour juger de "l'infidélité" dans les cas spécifiques sus-cités. Pourtant, on ne peut porter cette insuffisance sur le seul compte des textes juridiques. Toutes les législations des principaux pays punissant l'abus de confiance, bien qu'à des degrés différents, comportent une certaine imprécision. Cette imprécision est un choix volontaire des législateurs, visant à englober les modalités variées d'infidélité.

Nous devons certes nous méfier du risque de l'application abusive du délit de violation que cette inclusivité peut entraîner. Mais si les législations des principaux pays sur l'abus de confiance font toutes montre d'une extrême inclusivité en dépit de ce risque, cela doit être dû au constat qu'il existe une nécessité qui surpasse le risque. Notre pensée est que cette nécessité découle de la réalité du capitalisme qui régit le monde contemporain. Dans ce monde, il est essentiel que règne la confiance entre sujets économiques. C'est pourquoi l'abus de confiance est érigée en une "infraction phare" sujette à une sévère punition – pour maintenir la confiance entre acteurs économiques, condition sine qua non pour l'épanouissement de l'économie capitaliste.

Si l'imprécision du texte légal est fruit de cette nécessité et qu'elle est d'une certaine façon désirable, le moyen d'assurer la prévisibilité du citoyen quant à l'application concrète du délit d'abus de confiance réside non pas dans une plus grande précision législative, mais dans l'accumulation d'interprétations juridiques concrètes par les tribunaux. Cependant, la jurisprudence de la Cour Suprême coréenne, ayant tendance à s'appuyer sur l'intentionnalité de l'acte pour décider de la constitution du délit, laisse planer des doutes sur le juste fonctionnement des tribunaux quant à l'appréhension du délit de l'abus de confiance.

Le rôle des tribunaux consiste à délimiter le champ de punissabilité afin de garantir la liberté des citoyens. Il faut que les tribunaux, en dépit des difficultés, contribuent activement à définir les critères objectifs selon lesquels l'acte d'infidélité doit être jugé et permettent l'accumulation de précédents juridiques cohérents. Pour ce faire, la condition pré-requise est une plus juste compréhension de notre législation quant à l'abus de confiance.

Le délit d'abus de confiance tel que défini dans notre Code Pénal requiert l'enrichissement personnel ou au profit d'un tiers comme un élément objectif constitutif du délit. En cela, il constitue un délit d'intérêt de la même nature que de détournement de fonds. Cela ressort clairement aussi des textes législatifs et de l'histoire législative.

Ainsi, contrairement à d'autres pays où la prise d'intérêt ne constitue pas un élément objectif de l'abus de confiance, l'abus de confiance selon le Code Pénal coréen doit prendre en compte la prise d'intérêt résultant de l'acte. Cela signifie que l'acte en question doit être un acte pouvant donner lieu à une telle conséquence. En résumant, nous pourrions dire que la typicité de notre délit d'abus de confiance consiste en ceci : "un acte de prise d'intérêt trahissant le devoir de fidélité." Nous pouvons, dans cette définition, isoler deux éléments distinctifs : la prise d'intérêt, d'une part, et la trahison du devoir de fidélité (infidélité), d'autre part.

Pour déterminer s'il y a eu prise d'intérêt, l'élément central à prendre en compte est la nature objective de l'acte lui-même. Des actes n'induisant pas la possibilité de prise d'intérêt doivent donc être écartés du champ de considération. S'agissant de la prise d'intérêt au profit d'un tiers, la coïncidence d'intérêt entre l'acteur et le tiers en question doit être élucidée. A cet égard, la législation et jurisprudence française relative à l'abus des biens sociaux peut constituer une référence bien utile. L'intention de l'acteur

peut entrer en compte dans l'évaluation de la constitution du délit, mais le rôle de l'intention devra être limitée au strict nécessaire. En outre, notre délit d'abus de confiance requérant l'infliction de dommages à autrui, la prise d'intérêt doit être de nature à pouvoir entraîner de tels dommages; si un tel risque n'est pas reconnu au moment des faits, ces faits doivent être écartés du champ de considération de l'abus de confiance.

Quant à la qualification de la trahison de confiance, l'élément central à prendre en compte est la nature et le contenu de la relation de confiance individuelle. Car le devoir de fidélité dont il est question dans ce délit étant un devoir envers le principal, c'est donc à l'aune des intentions du principal que la nature de la confiance doit être jugée. Or, les entreprises qui ne sont pas des personnes physiques ne pouvant s'exprimer directement, il convient d'avoir recours à une déduction objective pour juger de leurs intentions. Pourtant, affirmer que l'intention du principal doit être considérée comme un élément-clé dans le jugement de l'abus de confiance ne revient pas à dire que l'agent – l'acteur – doit remplir une tâche "spécifique" attendue par le principal, et que toute défaillance de la part de l'acteur à se conformer à cette attente doit être passible d'une punition pénale.

La punition pénale doit être considérée comme un dernier recours auquel l'on ne peut recourir que lorsque les actes en question se situent hors des limites de ce qui peut être toléré par le principal. En ce sens, le critère de la "tolérabilité, du point de vue du principal", érigé en Allemagne comme critère pour juger de la "violation du devoir de protéger les biens d'autrui", peut être également utile pour juger de la violation du devoir selon notre Code Pénal. C'est ce que cet article a pu confirmer à travers l'examen de plusieurs cas où il a été question de juger si l'inconduite d'un administrateur ou d'un dirigeant de compagnie constituait un délit d'abus de confiance.

Ces critères peuvent également contribuer à prévenir une application

excessive de la clause d'abus de confiance quant à la conduite des affaires par les dirigeants de compagnie, comme il en est question avec le soi-disant «Business judgment Rule».

Tout d'abord, pour qu'un acte puisse constituer un délit d'abus de confiance, cet acte doit résulter en une "prise d'intérêt". Cela signifie qu'un acte qui ne consiste qu'en une prise de risque en vue de profits futurs ne peut être considéré comme la poursuite, de la part des dirigeants, d'intérêt pour leur propre compte ou au profit d'un tiers, et doit donc être écarté du champ de considération du délit d'abus de confiance. Ce domaine de prise de risque entrepreneurial est aussi le domaine le plus typique où le jugement juridique doit être écarté en faveur du jugement de gestion.

La trahison du devoir doit aussi être de telle nature qu'elle ne puisse être tolérée par le principal. Les critères établis par la jurisprudence pour nier l'intention d'abus de confiance nous fournissent ici un repère : la jurisprudence veut que lorsqu'une décision de gestion de la part d'un dirigeant de compagnie a été prise en toute bonne foi, après due réflexion, sur la base d'informations disponibles au moment de la décision et avec la confiance que ladite décision est conforme aux intérêts de la compagnie, l'intention d'abus de confiance ne saurait être reconnue.

De notre point de vue, nous pourrions dire qu'une telle décision, constituant ipso facto un acte tolérable par la compagnie, ne saurait par conséquent constituer un acte d'infidélité. C'est pourquoi nous concluons qu'il n'est pas nécessaire d'introduire le "Business judgment Rule" comme un critère à part pour juger de la constitution de l'abus de confiance.

mots-clés : acte d'infidélité, acte de prise d'intérêt, tolérabilité,
l'abus des biens sociaux, Business judgment Rule

Numero d'étudiant : 2015-31089